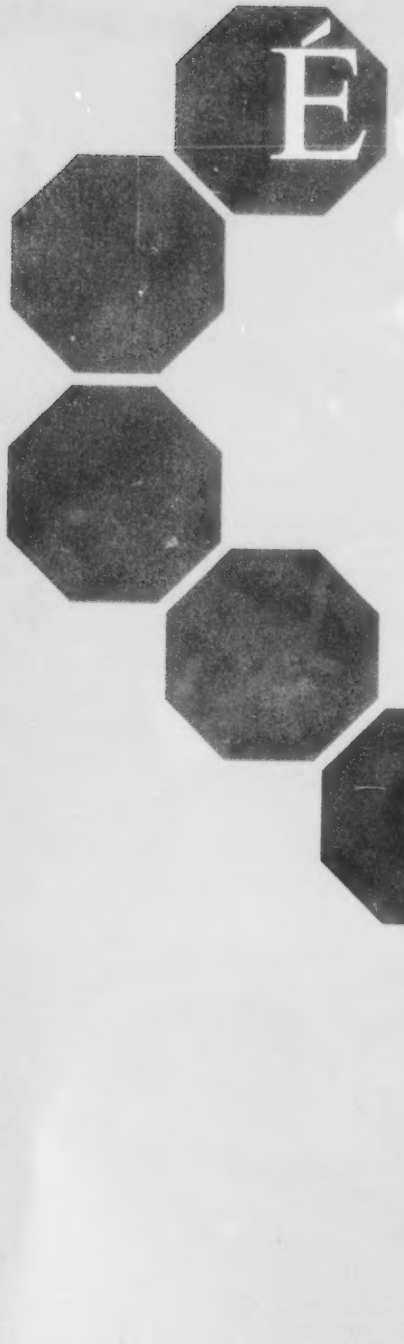

Étude sur la médiation des divorces et des questions familiales:

dans trois villes canadiennes

Ministère de la Justice Canada
Department of Justice Canada

Canada

Recherche en droit de la famille
Family Law Research

ÉTUDE SUR LA MÉDIATION DES DIVORCES ET DES QUESTIONS FAMILIALES DANS TROIS VILLES CANADIENNES

RAPPORT PRÉPARÉ POUR
LE MINISTÈRE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE

Enquêteur principal : C. James Richardson

Chercheuses principales : Lorna Doerksen (Saskatoon)
Marie Kennedy-Lévesque (Montréal)
Grace Ollerhead (St. John's)
Deborah Sherrard (St. John's)
Judith Wood (Ottawa)

J & J Research Associates Ltd. Fredericton (N.-B.)

Juin 1987

90-01629/

Les opinions exprimées dans ce rapport sont uniquement celles de l'auteur et ne représentent pas nécessairement les vues et les lignes de conduite du ministère de la Justice.

Publié en vertu de l'autorisation du ministre de la Justice et procureur général du Canada

Pour obtenir d'autres exemplaires, écrire ou téléphoner à la

Direction des communications
et affaires publiques
Ministère de la Justice Canada
Ottawa (Ontario)
K1A 0H8

(613) 957-4222

Also available in English under the title
Divorce and Family Mediation Research Study in Three Canadian Cities

N° de catalogue : J2-80/1988F
ISBN : 0-662-94852-1

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1988

Imprimé au Canada

JUS-P-497

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS..... i

RÉSUMÉ DE L'ÉTUDE..... v
Avant-propos..... v
Organisation de la recherche..... vi
Résultats du processus..... ix
Résultats de la médiation..... xiii
Répercussions sociales..... xix
Conclusion..... xxi

PARTIE I : AVANT-PROPOS 1

PARTIE II : QUESTIONS ET CONTROVERSES..... 13
AVANT-PROPOS..... 13
HISTORIQUE..... 14
MÉDIATION EN MATIÈRE DE DIVORCE..... 19
Les enfants, le divorce et le processus de séparation..... 20
Portée du problème..... 25
Problèmes de l'étude des enfants de parents divorcés..... 26
Expériences vécues par les enfants par suite de la séparation de leurs parents..... 31
SUJETS D'ACTUALITÉ..... 37
Conséquences économiques..... 37
Garde des enfants et rôle parental..... 42
Les différentes formes de garde..... 44
Garde conjointe..... 45
RÉSUMÉ DES ÉVALUATIONS..... 53

PARTIE III : SOURCE DES DONNÉES ET MÉTHODOLOGIE..... 59
PLAN GÉNÉRAL..... 59
ORGANISATION DE LA RECHERCHE..... 61
ANALYSE DES INSTANCES..... 64

ENTREVUES AVEC LES CLIENTS..... 68
ÉTUDE DES OBSERVATIONS..... 71
ÉTUDES SUPPLÉMENTAIRES..... 73
Étude portant sur les avocats..... 74
Étude de la médiation en matière de divorce..... 75
PRÉSENTATION DES DONNÉES..... 76

PARTIE IV : LES PROCESSUS..... 83
AVANT-PROPOS..... 84
LES TERRITOIRES D'ENQUÊTE..... 84
TRIBUNAL DE MONTRÉAL..... 84
Contexte physique..... 84
Contexte juridique..... 87
Service de médiation à la famille..... 88
Accueil..... 92
Counseling préalable à la médiation..... 95
Processus de médiation..... 96
Possibilité de médiation des cas..... 100
Causes contestées : les opinions des médiateurs..... 101
Médiation des questions financières..... 103
Imbrication des questions..... 106
Droits des femmes. 111
Interaction avec le système juridique..... 112
Le Service de médiation et les avocats..... 114
Le SMF : un service proactif..... 116
TRIBUNAL DE SASKATOON..... 117
Historique et principes..... 117
Aménagement et organisation du tribunal..... 122
La branche juridique..... 124
La branche sociale..... 128
Philosophie et méthodes..... 131
Évaluations en matière de garde et
de droit de visite et de sortie 138
Éducation du public..... 140
TRIBUNAL DE ST. JOHN'S..... 143
La branche sociale..... 145

LA MÉDIATION EN MATIÈRE DE DIVORCE AU CANADA..... 147
Professionnalisation..... 148
Aspects de la médiation en matière de divorce au Canada..... 151
1) Formation et qualifications..... 153
2) Comparaison entre les divers territoires d'enquête..... 156
Interaction des avocats et des médiateurs..... 161
Impressions générales des avocats spécialisés en droit de la famille..... 164
Y a-t-il un conflit gigantesque entre médiateurs et avocats?..... 174
CARACTÉRISTIQUES DES CLIENTS AYANT RECOURS À LA MÉDIATION ET DES CLIENTS N'AYANT PAS RECOURS..... 180
Revenu..... 180
Statut professionnel et emploi..... 182
Niveau d'études..... 182
Propriété de la maison..... 183
Autres caractéristiques..... 183
Nature de la séparation..... 184
Motifs de divorce invoqués..... 185
Points initiaux de litige..... 187
OPINION QUE LES CLIENTS ONT DE LA MÉDIATION EN MATIÈRE DE DIVORCE..... 188
Taux de règlement..... 196

PARTIE V : RÉSULTATS DE LA MÉDIATION EN MATIÈRE DE DIVORCE. 199
AVANT-PROPOS..... 199
RESPECT DES ORDONNANCES D'ENTRETIEN..... 199
Aspect économique du divorce..... 201
Situation économique des hommes et des femmes..... 201
Difficultés économiques..... 202
Réduire les difficultés économiques..... 204

Allocation d'entretien et nombre de personnes par famille..... 207
Allocation d'entretien et revenu..... 208
Allocation d'entretien et niveau de vie..... 210
Effet réel de l'allocation d'entretien..... 213
Exécution des ordonnances d'allocation d'entretien..... 216
Perception des aspects économiques du divorce..... 219
RÉPERCUSSIONS DE LA MÉDIATION EN MATIÈRE DE DIVORCE... 222
Comparaisons entre territoires d'enquête..... 228
Effets favorables de la médiation sur les difficultés économiques..... 230
La médiation et l'exécution des ordonnances alimentaires..... 232
La médiation et le respect à long terme des ententes..... 233
GARDE ET DROIT DE VISITE ET DE SORTIE..... 235
Formes générales de garde..... 235
Garde contestée..... 237
La médiation et les modalités de garde..... 242
Attitudes à l'égard de la garde..... 246
Arrangements et ordonnances relativement au droit de visite et de sortie..... 248
La réalité de l'accès..... 254
LE RÔLE PARENTAL ET LA MÉDIATION EN MATIÈRE DE DIVORCE..... 256
Relations entre ex-époux..... 257
LA MÉDIATION ET LE PROCESSUS JUDICIAIRE..... 261
La représentation en justice..... 261
Les frais de justice et la médiation..... 263
Répercussions de la médiation sur le processus judiciaire..... 265
Période d'attente entre le dépôt de la requête et le jugement irrévocable..... 267
PERCEPTION DES CLIENTS À L'ÉGARD DU PROCESSUS JUDICIAIRE..... 269

PARTIE VI : RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS..... 273
GÉNÉRALITÉS..... 273
RÉSUMÉ DES RÉSULTATS..... 276
Questions relatives aux conséquences sociales.... 277
1) Promotion de la réconciliation..... 277
2) Les femmes et la médiation..... 279
3) Conséquences sur le milieu juridique.. 283
Résultats généraux..... 285
1) Répercussions sur le processus judiciaire..... 286
2) Répercussions sur les clients et les enfants..... 289
Réflexions finales..... 291

NOTES ET RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES..... 295

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 3.1	Répartition des causes par type de cause et territoire d'enquête	68
Tableau 3.2	Répartition des entrevues avec les clients, par type de cause et territoire d'enquête	69
Tableau 4.1	Répartition des médiateurs en fonction de leur lieu de travail	152
Tableau 4.2	Méthode de médiation	154
Tableau 4.3	Jugement porté par les avocats sur la compétence des médiateurs en matière de divorce	154
Tableau 4.4	Opinions sur la compétence souhaitée chez les médiateurs en matière de divorce	155
Tableau 4.5	Répartition de la charge de travail	156
Tableau 4.6	Catégories de cas de médiation en matière de divorce, par type de services adopté	157
Tableau 4.7	Sources des cas de médiation en matière de divorce, par type de service	158
Tableau 4.8	Résultats obtenus par les médiateurs en matière de divorce, selon le type de services fournis	160
Tableau 4.9	Participation des avocats au processus de médiation, selon le type de médiation	160
Tableau 4.10	Relations des médiateurs avec les avocats selon le type de service de médiation	161
Tableau 4.11	Principaux avantages de la négociation	171
Tableau 4.12	Circonstances dans lesquelles les avocats ne recommandent pas à leurs clients de recourir à la médiation	172
Tableau 4.13	Buts d'une entente - Notes moyennes fournies par les avocats et les médiateurs en matière de divorce	175
Tableau 4.14	Obstacles à une entente - Notes moyennes données par les avocats et les médiateurs en matière de divorce	176

Tableau 4.15 Degré d'entente entre avocats et médiateurs au sujet des avantages et des inconvénients de la médiation en matière de divorce..... 177
Tableau 4.16 Revenu mensuel brut des clients ayant eu recours à la médiation et de ceux n'y ayant pas eu recours, par sexe et territoire d'enquête..... 181
Tableau 4.17 Revenu annuel des clients ayant eu recours à la médiation et de ceux n'y ayant pas eu recours..... 182
Tableau 4.18 Groupes d'âge des enfants des clients ayant eu recours à la médiation et de ceux de clients n'ayant pas eu recours à la médiation..... 184
Tableau 4.19 Partie ayant pris l'initiative de la rupture..... 184
Tableau 4.20 Motifs de divorce invoqués (délit matrimonial ou non-cohabitation) au Canada et dans ses provinces, en 1984..... 186
Tableau 4.21 Pétitions de divorce invoquant des délits matrimoniaux par territoire d'enquête pour les clients ayant eu recours à la médiation et ceux qui n'y ont pas eu recours..... 187
Tableau 4.22 Points de litige initiaux des clients ayant eu recours à la médiation et de ceux n'y ayant pas eu recours..... 188
Tableau 4.23 Répartition des raisons pour lesquelles les gens n'ont pas eu recours à la médiation..... 189
Tableau 4.24 Manière dont les gens ont appris l'existence de services de médiation en matière de divorce..... 190
Tableau 4.25 Partie ayant suggéré de recourir à la médiation ou au counseling matrimonial..... 190

Tableau 4.26 Résultats escomptés de la médiation des divorces..... 191
Tableau 4.27 Conseils que les clients donneraient à un ami ayant des problèmes d'ordre familial (Hommes et femmes ayant eu recours ou non à la médiation)..... 194
Tableau 4.28 Résultats de la médiation 197
Tableau 4.29 Opinion que les clients ont des résultats de la médiation (Données tirées des entrevues avec les clients)..... 198
Tableau 5.1 Répartition en pourcentage du revenu mensuel brut des hommes et des femmes..... 202
Tableau 5.2 Évaluations du Conseil national du Bien-être social - Seuils de pauvreté pour 1986..... 204
Tableau 5.3 Proportion des femmes et enfants vivant au-dessous du seuil de pauvreté, par taille de famille et type de cause..... 204
Tableau 5.4 Genre d'ordonnance d'allocation d'entretien.. 206
Tableau 5.5 Montant de l'allocation d'entretien mensuelle et nombre d'enfants..... 208
Tableau 5.6 Proportion du revenu mensuel brut des maris versée sous forme d'allocation d'entretien... 209
Tableau 5.7 Proportion du revenu mensuel total des femmes provenant des paiements d'allocation d'entretien..... 210
Tableau 5.8 Répartition du revenu des hommes après paiement des allocations d'entretien..... 212
Tableau 5.9 Proportion des femmes et des enfants qui vivraient au-dessous du seuil de pauvreté si les prestations d'allocation d'entretien étaient la seule source de revenu..... 213
Tableau 5.10 Pourcentage des femmes et des enfants, recevant ou non une allocation d'entretien, vivant sous le seuil de pauvreté 1986, par taille de la famille..... 215

Tableau 5.11 Caractéristiques d'allocation d'entretien.... 215
Tableau 5.12 Modification du montant d'allocation d'entretien et demandes d'ordonnance modificatrice..... 217 218
Tableau 5.13 Mode de détermination du montant des paiements d'allocation d'entretien..... 219
Tableau 5.14 Perception des changements du niveau de vie selon le sexe..... 220
Tableau 5.15 Revenu mensuel moyen par territoire d'enquêtes et par sexe..... 223
Tableau 5.16 Montants des paiements d'allocation d'entretien par mois et par territoire d'enquête..... 224
Tableau 5.17 Montant mensuel moyen des paiements d'allocation d'entretien en cas de médiation et en l'absence de médiation pour divers niveaux de revenus.... 225
Tableau 5.18 Montant mensuel moyen d'allocation d'entretien par type de cas et niveau de revenus en cas de médiation et en l'absence de médiation..... 227
Tableau 5.19 Montant moyen d'allocation d'entretien reçu ou versé en cas de médiation et en l'absence de médiation par sexe et par type de cas..... 230
Tableau 5.20 Proportion des femmes dont le revenu se situe au-dessous du seuil de pauvreté, pour diverses tailles de familles, en cas de médiation et en l'absence de médiation..... 231
Tableau 5.21 Répartition des attributions de la garde légale..... 236
Tableau 5.22 Droit de garde attribué seulement à un des ex-époux selon le sexe du requérant..... 236
Tableau 5.23 Attribution de la garde selon le sexe de la partie requérante..... 237
Tableau 5.24 Règlement des contestations de garde..... 238
Tableau 5.25 Résultats obtenus lorsque le droit de garde fait l'objet de litige..... 240

Tableau 5.26 Jugements en matière de garde lorsque le droit de garde fait l'objet de litige et que le mari est le requérant..... 240
Tableau 5.27 Attribution de la garde selon la méthode de règlement de la question de la garde..... 242
Tableau 5.28 Types de décision en matière de droit de garde en cas de médiation et en l'absence de médiation..... 243
Tableau 5.29 Résultats en matière de droit de garde, par territoire d'enquête, en cas de médiation et en l'absence de médiation..... 244
Tableau 5.30 Résultats en matière de droit de garde, par territoire d'enquête, en cas de médiation et en l'absence de médiation..... 245
Tableau 5.31 Dispositions matérielles relatives au droit de garde conjointe, en cas de médiation et en l'absence de médiation..... 246
Tableau 5.32 Répartition des ordonnances relatives au droit de visite et de sortie..... 251
Tableau 5.33 Signification de l'expression accès libéral ou raisonnable..... 253
Tableau 5.34 Fréquence des contacts entre les enfants avec le parent qui n'a pas la garde, selon le sexe..... 255
Tableau 5.35 Relations actuelles des ex-conjoints par sexe, en cas de médiation et en l'absence de médiation..... 258
Tableau 5.36 Problèmes que les hommes et les femmes ont déclaré avoir au sujet de l'accès aux enfants et du rôle parental de l'ex-conjoint pour les cas de médiation et de non-médiation..... 260
Tableau 5.37 Représentation en justice, par sexe, en cas de médiation et en l'absence de médiation..... 263
Tableau 5.38 Moyenne estimée des frais de justice pour les causes avec ou sans contestation, en cas de médiation et en l'absence de médiation..... 265

Tableau 5.39 Durée des audiences des causes, en cas de médiation et en l'absence de médiation..... 266
Tableau 5.40 Nombre moyen de semaines écoulées entre le dépôt de la requête et le jugement conditionnel, par territoire d'enquête..... 268
Tableau 5.41 Nombre moyen de semaines entre le dépôt de la requête et l'ordonnance judiciaire pour les causes avec et sans médiation (par type de cas)..... 269
Tableau 5.42 Sentiments ressentis par les clients au sujet de l'audience en cour..... 270

REMERCIEMENTS

Bien souvent, ceux et celles qui acceptent un contrat de recherche se retrouvent chargés de projets liés à des questions auxquelles ils n'avaient encore jamais pensé ou dont ils ne s'étaient jamais préoccupés. Cela n'a heureusement pas été mon cas pour cette étude-ci. En grande partie, et pour le meilleur ou pour le pire, j'ai été chargé par le ministère de la Justice de mettre ce projet sur pied. Ma position est peu enviable en ce sens que je ne peux m'en prendre qu'à moi-même et non à un fonctionnaire anonyme si le plan original n'était pas parfait. Mais j'ai cependant eu le privilège de participer au cours des deux dernières années à un projet qui, sans être une partie de plaisir, a constitué pour moi une recherche du plus haut intérêt, puisque je suis sociologue de formation et de carrière.

Pour mener à bien ce projet long et ambitieux, j'ai eu la très grande chance d'avoir une équipe de recherche excellente et stimulante. Détestant la forme passive, je préfère dire : "J'ai mis les produits chimiques dans les éprouvettes" plutôt que: "Les produits chimiques ont été mis dans les éprouvettes". D'habitude, j'estime que le pluriel de majesté convient à la Reine Victoria, mais bien que ce rapport soit l'oeuvre de ma plume et de mon système de traitement de texte, je dis délibérément "nous" d'un bout à l'autre du rapport parce que j'ai eu la chance d'avoir une équipe de recherche qui n'a pas mené ce projet comme s'il s'agissait d'un quelconque projet de recherche restreint. Au contraire, en tant que groupe, nous avons vécu des moments passionnants, parfois entrecoupés de controverses. Il s'agit donc, en fin de compte, d'un grand effort de collaboration de la part d'un groupe de personnes plus intéressées par le sujet et une recherche sérieuse que par ce qu'elles pouvaient en tirer financièrement.

Les quatre chercheuses ont été Lorna Doerksen, à Saskatoon, Judith Wood, à Ottawa, Marie Kennedy-Lévesque, à Montréal et, à divers stades de la recherche, Deborah Sherrard, Kathy Alexander et Grace Ollerhead, à St. John's. En outre, Justin Lévesque et Dale Albers ont travaillé à ce projet à titre de conseillers à temps partiel. Je leur suis reconnaissant à tous, mais en particulier à Lorna Doerksen et à Marie Kennedy-Lévesque qui ont participé à ce projet du début jusqu'à la fin. Leur contribution a été inestimable à tous les stades de la recherche, y compris à celui de la rédaction de ce rapport, plus particulièrement au niveau des sections descriptives de la quatrième partie. Au moment des entrevues, nous avons également eu l'aide d'interviewers à temps partiel, trop nombreux pour tous les nommer, que je remercie pour avoir participé à une tâche souvent difficile et émotivement éprouvante.

Cette étude n'aurait pu non plus être réalisée sans le concours du personnel des divers tribunaux. A Saskatoon, nous tenons à remercier tout particulièrement monsieur le juge Dickson, Francine D'Aoust et Betty Ann Potruff, qui nous ont tous aidés à diverses étapes de cette étude. A Montréal, nous exprimons notre reconnaissance à Lorraine Fillion et à André Murray qui ont tous deux fait preuve d'un grand intérêt pour ce projet et qui nous ont appris beaucoup de choses sur la médiation en matière de divorce. Le juge en chef Gold, qui est en faveur de la médiation en matière de divorce, nous a également beaucoup soutenus, et nous le remercions pour sa collaboration. Madame le juge Noonan, du tribunal de la famille à juridiction regroupée de St John's, qui, depuis longtemps, cherche des méthodes moins agressives pour régler les différends familiaux nous a fourni beaucoup d'aide et d'appui dans le cadre de ce projet. Carole O'Brien, alors administratrice de la cour, nous a fourni une aide et des renseignements précieux, de même que Rick Morris qui, lui non plus, n'est plus à l'emploi du tribunal de St. John's. Beaucoup d'autres personnes oeuvrant au niveau des tribunaux ont donné gratuitement de leur temps et partagé leurs connaissances avec nous. Nous leur exprimons ici notre reconnaissance pour leur participation qui, bien que moins visible, s'est avérée essentielle.

Nous avons également eu d'excellentes relations, souvent stimulantes, avec les membres du ministère de la Justice qui ont participé à ce projet, né en grande partie de discussions préliminaires entre la personne qui rédige ces lignes et Margot Haug et Glenn Rivard qui ont continué à nous encourager et à nous donner des conseils très utiles alors même qu'ils étaient engagés dans d'autres projets. Nous aimerions également remercier Wendy Bryans, qui a géré la partie de ce projet touchant l'évaluation des divorces, tant pour ses excellents conseils que pour l'indulgence dont elle a fait preuve à l'égard de la lenteur avec laquelle nous avons terminé sa partie du projet. Nous sommes particulièrement reconnaissants à Ab Currie qui, bien qu'ayant géré ce projet presque jusqu'à la fin, s'est vu épargner la tâche ultime : le présent rapport. Il s'est révélé un administrateur extrêmement efficace et compétent, et nous le remercions particulièrement pour ses encouragements, ses bonnes idées et, surtout, pour avoir eu confiance que nous ferions notre travail. Quant à la personne qui a hérité du projet à son dernier stage, Sylvie Gagnon, nous la remercions sincèrement pour son appui et le dynamisme qu'elle a généré au sein du groupe.

Enfin, nous sommes reconnaissants envers ceux et celles qui doivent rester anonymes : les personnes divorcées ou séparées qui nous ont accueillis chez elles et nous ont fait part de leurs expériences liées à une période de leur vie que la plupart d'entre elles préféreraient sans doute oublier, ainsi qu'envers les nombreux avocats et médiateurs qui, bien que très occupés, ont pris le temps de nous rencontrer et de répondre à nos questionnaires.

RÉSUMÉ DE L'ÉTUDE

Avant-propos

Les résultats que fournit le présent rapport sont tirés d'une étude de deux ans portant sur les services de médiation en matière de divorce et de counseling en cas de séparation offerts par les tribunaux de trois villes canadiennes : Saskatoon, Montréal et St. John's. Des données de base sur le divorce ont aussi été recueillies à Ottawa. Cette recherche visait trois grands objectifs à savoir de procéder à l'évaluation de la médiation en matière de divorce en se penchant de façon plus particulière sur son processus, sur les résultats obtenus et sur ses répercussions sociales, et de produire des données de base sur la garde des enfants, le droit de visite et de sortie l'allocation d'entretien, tant pour les actions en divorce que pour celles relevant de la législation provinciale pertinente. Enfin, le troisième objectif consistait à recueillir et à publier des données de base aux fins de l'évaluation de la Loi sur le divorce de 1985. En cours de projet, le tribunal d'Ottawa a été ajouté aux territoires d'enquête afin de mieux atteindre ce troisième objectif. Toutes les données de ce rapport se rapportent à des cas de divorce et de séparation réglés en 1985 ou au début de 1986. Il s'agit donc de divorces prononcés sous le régime juridique antérieur.

Le processus d'évaluation a pour objet principal de fournir un compte rendu descriptif de la médiation en matière de divorce, une description des personnes qui y ont recours, et d'étudier le lien entre cette méthode, le processus juridique et les intervenants juridiques. L'évaluation qui en a découlé est essentiellement un test empirique des assertions des partisans de la médiation en matière de divorce, à savoir que : a) elle

bénéficie financièrement à l'État ainsi qu'aux couples qui veulent se séparer ou divorcer, du fait qu'elle diminue le besoin de recourir à la justice pour régler les litiges familiaux; b) elle atténue l'hostilité, le chagrin et l'amertume que l'on dit souvent résulter du système contradictoire; c) elle créée des relations plus cordiales après le divorce et elle incite les père et mère à rester en relation avec leurs enfants; d) elle est à l'origine d'ententes plus durables et plus faciles à respecter et, de ce fait, évite souvent aux ex-époux d'avoir à présenter des requêtes de modification ou d'exécution des ordonnances. A diverses reprises, certains groupes se sont dits inquiets des conséquences latentes ou imprévues que pourrait avoir la médiation en matière de divorce, d'où le besoin d'une évaluation de ses répercussions sociales. Puisque lors de leur divorce ou de leur séparation les femmes risquent d'avoir un pouvoir de négociation moindre, d'aucuns ont craint qu'elles et leurs enfants s'en sortent économiquement moins bien lorsqu'elles négocient une entente. D'autres ont craint que la médiation ne protège pas adéquatement les droits de la personne et qu'elle mine le rôle des avocats en matière de divorce et de séparation. Bien que sans lien direct avec la médiation en matière de divorce, les préoccupations n'ont cessé de grandir, au cours des dernières années, au sujet de la tendance à attribuer aux ex-époux le droit de garde conjointe de leurs enfants parce que cela risque de ne pas être entièrement dans l'intérêt des femmes et des enfants.

Organisation de la recherche

Cette étude est longitudinale, en ce sens que le projet de recherche comportait la collecte de données à partir de dossiers relatifs à des requêtes en divorce ou en séparation récemment déposées devant les tribunaux (Analyse des instances), puis des entrevues avec un sous-échantillonnage des couples, environ six

mois après le jugement (Étude des entrevues avec les clients). Cette période de six mois a été choisie afin de donner le temps aux gens de s'habituer à leur nouvelle situation tout en minimisant les possibilités qu'ils quittent le district concerné. En outre, les chercheurs affectés aux trois territoires d'enquête ont effectué des études par observation de la médiation en matière de divorce auprès des tribunaux et des services de counseling, ainsi que leur lien avec le processus judiciaire et le milieu juridique (Étude des observations). Vers la fin du projet, les chercheurs ont de nouveau consulté les archives des tribunaux pour déterminer la proportion des actions ayant fait ou non l'objet d'une médiation qui avaient été à nouveau présentées devant les tribunaux pour obtenir la modification ou l'exécution du jugement original. Afin de dépasser le cadre des trois districts, la recherche a porté sur deux études supplémentaires. Un échantillonnage d'avocats qui avaient manifesté de l'intérêt pour le droit de la famille et qui sont membres de l'Association du Barreau canadien ont reçu un questionnaire (Étude portant sur les avocats) et un questionnaire similaire a été envoyé aux professionnels figurant à l'inventaire des services canadiens de médiation et de consultation du ministère de la Justice (Étude de la médiation).

Dans le cadre de l'étude portant sur les avocats, les avocats de chacun des trois territoires de l'enquête sur la médiation qui plaident souvent devant les tribunaux de la famille ont été interrogés.

Au total, des données ont été recueillies dans 1 773 dossiers d'archives des tribunaux, auprès de 905 hommes et femmes séparés ou divorcés, ainsi que dans les deux questionnaires remplis que nous ont retournés 220 avocats et 219 médiateurs. Tant les cas de médiation que les divorces avec contestation incluent un petit nombre de toutes les actions dont les tribunaux spécialisés en

droit de la famille sont saisis. Pour des raisons statistiques et théoriques, ces deux catégories sont surreprésentées étant donné qu'en général tous les cas de ces deux catégories ont été inclus dans l'échantillonnage. Les totaux ci-dessus comprennent 363 dossiers se rapportant à des couples en instance de divorce ou de séparation qui ont eu recours à la médiation. A l'étape des entrevues, on a interrogé 324 personnes qui avaient eu recours à la médiation pour tenter de parvenir à une entente.

Tout au long de l'étude, les résultats obtenus par médiation sont comparés à ceux obtenus en suivant la voie judiciaire usuelle. Cependant, étant donné que les services subventionnés par l'État ne sauraient être refusés aux personnes qui les demandent et qu'on ne peut pas non plus forcer personne à y recourir, il n'y a eu aucun contrôle sur ceux qui ont voulu - ou qui n'ont pas voulu - négocier une entente par la médiation. Autrement dit, les couples n'ont pas été répartis au hasard entre les deux groupes observés, causant ainsi un problème d'auto-sélection : les personnes qui ont choisi la médiation peuvent différer sensiblement de celles qui l'ont rejetée. Pour pallier cette difficulté, la recherche est menée de façon quasi-expérimentale en ce sens que, si besoin est, des contrôles sont instaurés pour déterminer si les divergences relevées dans les résultats sont dues à la médiation ou sont inhérentes aux personnes qui ont eu recours à ce moyen pour parvenir à une entente.

Dans l'ensemble, les personnes qui ont choisi la médiation ont une meilleure situation financière que les couples en instance de divorce ou de séparation appartenant au groupe de ceux qui n'ont pas eu recours à la médiation; leur niveau d'études est plus élevé et elles travaillent plus souvent dans le secteur tertiaire. En conséquence, bien que pouvant elles aussi se faire représenter devant les tribunaux, les personnes qui ont

eu recours à un médiateur pour régler leur différend auraient eu tendance à engager les services d'un avocat exerçant à titre privé, plutôt qu'un avocat de l'aide juridique. Ces différences mises à part, les deux groupes étaient sensiblement identiques. Cela est particulièrement vrai pour ce qui est du nombre et du type de sujets en litige, du caractère contentieux de l'action et du degré d'hostilité entre époux. En bref, le principal élément de contrôle introduit à divers points a été le niveau de revenus des hommes et des femmes.

Résultats du processus

En ce qui a trait à l'importance de la collectivité, au degré d'aisance financière des clients servis, au nombre d'actions intentées et aux types de services offerts par les organismes sociaux rattachés aux tribunaux, les tribunaux de la famille à juridiction regroupée de Saskatoon et de St. John's sont tout à fait semblables. Dans les deux cas, la médiation entre en concurrence avec d'autres fonctions telles que l'accueil, la prestation de renseignements de base, le counseling personnel à court terme et des évaluations en matière de garde sur ordonnance judiciaire ou enquêtes, comme on les nomme parfois. En outre, toujours dans les deux cas, la médiation se limite aux questions relatives à la garde des enfants et au droit de visite et de sortie.

Par contraste, à Montréal, le Service de médiation à la famille tend adopter à une forme assez bien structurée de la médiation en matière de divorce et il a, en fait, été créé explicitement dans ce but. Par exemple, un service totalement distinct des autres est chargé des évaluations en matière de garde des enfants et, en général, les médiateurs de Montréal n'ont pas à se charger de certaines tâches habituellement confiées aux travailleurs rattachés aux tribunaux desservant une

moins vaste clientèle. Le nombre de causes entendues par le tribunal de Montréal éclipse complètement celui de tout autre tribunal canadien, mais il n'en demeure pas moins que le service de médiation, compte tenu du chiffre de la population desservie (environ un dixième de la population du Canada) est nettement insuffisant. A Montréal, on compte sept médiateurs, tandis qu'à Saskatoon et à St. John's on en compte respectivement quatre et trois et demi. Bref, compte tenu de la population qu'il dessert, le personnel du service de Montréal devrait être décuplé pour offrir le même niveau d'accès que les services des plus petits centres urbains.

Cependant, ce qui fait entrer le service de Montréal dans une catégorie différente de celle des deux autres services étudiés est le fait que les questions d'allocation d'entretien, de partage des biens, de garde des enfants et de droit de visite et de sortie font habituellement l'objet d'une médiation. Autre caractéristique unique en son genre : bien que ne participant pas directement à la médiation, les jurisconsultes sont tant à la disposition du couple qu'à celle des médiateurs lorsque des conseils de nature juridique sont nécessaires. L'évaluation des résultats révèle qu'en insistant sur la médiation et en y ayant recours systématiquement pour ces quatre points, les résultats sont supérieurs à ceux enregistrés ailleurs.

Actuellement, seulement trois p. 100 des actions en divorce et en séparation sont touchées, d'une façon ou d'une autre, par le fait que les tribunaux offrent des services de médiation. Autrement dit, même si l'on venait à prouver que la médiation a des effets favorables sur la charge de travail des tribunaux et sur les frais de justice, ce service devrait être considérablement élargi pour que des améliorations notables puissent être enregistrées dans l'un ou l'autre de ces domaines.

Les observations faites dans tous les tribunaux permettent de penser que, même si les juges ordonnent fréquemment une évaluation en matière de garde, il règne une ambiguïté et une incertitude bien plus grandes quand il s'agit de savoir s'il convient, ou s'il est possible, d'avoir recours à la médiation dans les cas litigieux. Quant aux avocats interrogés et ayant répondu au questionnaire, ils semblent en faveur de la médiation et ne pas se soucier outre mesure de ses répercussions possibles sur leur profession ou sur leurs revenus, mais peu nombreux sont ceux qui ont l'habitude de conseiller à leurs clients de recourir aux services de médiation des tribunaux ou à ceux de la pratique privée dans leur communauté. Cependant, certains ont pris l'habitude de conseiller le recours aux services de counseling personnel. Les données tirées des archives des tribunaux et celles fournies par les médiateurs révèlent qu'environ 12 p. 100 des cas de médiation ont été référés par des avocats. Étant donné que les avocats estiment que plus de 95 p. 100 de leurs causes ne font pas l'objet de contestation devant les tribunaux, il n'est sans doute pas surprenant que peu d'entre elles soient envoyées en médiation. Dans la plupart des cas, les avocats réussissent à négocier une entente.

Les résultats de la présente étude contribuent largement à ébranler l'idée stéréotypée que l'on a de l'avocat chicaneur spécialisé en droit de la famille, qui dresse l'un contre l'autre les époux en instance de séparation ou de divorce et qui crée un conflit additionnel. Bien au contraire, on note une grande similarité dans l'éventail des moyens que prennent avocats et médiateurs pour atteindre les buts et surmonter les obstacles en vue d'arriver à un accord entre les parties, ainsi que dans leur opinion sur les avantages que présentent pour tous la médiation ou la négociation d'une entente par rapport à un règlement par jugement devant les tribunaux. Tout cela permet de penser que les deux professions ne sont pas aussi éloignées l'une de l'autre

qu'on le pense ou qu'on se plaît parfois à le croire. La médiation en matière de divorce est une solution de rechange et non pas un moyen diamétralement opposé offert aux couples qui doivent faire face aux difficultés et litiges liés à un échec du mariage.

Les résultats des entrevues avec les clients confirment cette conclusion. Les personnes qui avaient eu recours à la médiation pour parvenir à une entente et qui ont été interrogées dans le cadre de cette étude ont été en général satisfaites du processus et de leur médiateur, voire même parfois enthousiasmées. Cependant, le degré de satisfaction à l'égard des avocats et des services qu'ils avaient fournis a été aussi élevé dans l'un et l'autre groupe de clients. Il y a eu des exceptions notables et une petite minorité de clients ont changé d'avocat en cours de route. Mais on a également découvert qu'environ trois pour cent de ceux qui avaient eu recours à la médiation y ont mis fin parce qu'ils trouvaient qu'elle leur faisait perdre leur temps ou qu'elle ne convenait pas à leur situation particulière. Aucune source de données ne confirme non plus que les heurts prévus entre avocats et médiateurs se soient produits. Dans la grande majorité des cas, les clients ont fait savoir que leur avocat n'avait opposé aucune objection à l'entente obtenue par médiation. De plus, rien ne permet de déduire des réponses des avocats aux deux entrevues et au questionnaire que les ententes par médiation sont jugées techniquement incorrectes ou qu'elles nuisent aux droits de l'une ou l'autre partie.

Étant donné que, pour la plupart des couples en instance de divorce ou de séparation, les points les plus litigieux sont le montant et la durée de l'allocation d'entretien, il est intéressant de noter que la plupart des avocats interrogés estiment que si la requête doit faire l'objet d'une médiation, l'allocation d'entretien devrait s'assortir de la garde des

enfants et du droit de visite et de sortie, bien qu'ils croient préférable de confier le partage des biens aux avocats ou aux comptables fiscalistes.

Enfin, la crainte que les personnes qui offrent des services de médiation en matière de divorce n'aient pas les qualifications voulues semble sans fondement. Les médiateurs qui ont répondu au questionnaire envoyé par la poste étaient très compétents et sont entrés dans ce domaine alors qu'ils possédaient déjà une vaste expérience dans des domaines connexes. Les avocats interrogés estiment également que les médiateurs qu'ils connaissent, ou à qui ils ont eu affaire, sont aptes à traiter les aspects socio-affectifs d'une rupture entre époux, même s'ils n'ont pas nécessairement une bonne formation en droit de la famille.

Résultats de la médiation

Dans leur ensemble, les données tirées des archives des tribunaux, des évaluations des médiateurs et des rapports des clients indiquent que la médiation en matière de divorce mène à une entente complète dans environ 50 p. 100 des cas et à une entente partielle dans 15 p. 100 des cas. La médiation n'aboutit à une réconciliation -- aussi temporaire qu'elle puisse parfois être -- que dans environ six pour cent des cas.

Dans la plupart des cas, la médiation en matière de divorce donne des résultats satisfaisants et même parfois meilleurs que ceux obtenus par un processus purement judiciaire. Cependant, diverses mesures prouvent que les différences entre les deux processus sont marginales et parfois nulles. Les paragraphes suivants font brièvement mention des principales différences, positives et négatives, entre les cas ayant fait l'objet d'une médiation et ceux qui n'en ont pas fait l'objet. Ils fournissent

également des données de base sur la garde des enfants, le droit de visite et de sortie et les allocations d'entretien.

Environ 58 p. 100 des femmes divorcées et 71 p. 100 des femmes séparées à qui la garde des enfants a été attribuée ont un revenu brut total (y compris l'allocation d'entretien) qui se situe au-dessous du seuil de pauvreté établi en 1986 pour les familles de diverses tailles. Environ 40 p. 100 des hommes qui ont la garde légale de leurs enfants ont également un revenu qui se situe au-dessous de ces seuils de pauvreté. Environ 11 p. 100 des hommes divorcés et 28 p. 100 des hommes séparés qui n'ont pas la garde de leurs enfants ont un revenu inférieur au seuil de pauvreté établi pour une personne seule.

Le montant moyen d'allocation d'entretien dont les époux ont convenu, ou que le tribunal a ordonné, est de 380 $ par mois pour les couples divorcés et de 250 $ par mois pour les couples séparés. Ces montants représentent en moyenne environ 18 p. 100 du revenu brut des hommes. Aux États-Unis, plusieurs études révèlent que plus le niveau de revenus est élevé, plus la portion versée à titre d'allocation d'entretien est faible, mais cela ne ressort pas aussi clairement des données canadiennes. Les hommes, quel que soit leur niveau de revenus, ont généralement tendance à verser en allocation d'entretien une somme à peu près égale à la moitié de leurs revenus. Quant aux femmes qui ont la garde de leurs enfants, les allocations d'entretien représentent, en moyenne, environ 40 p. 100 de leur revenu brut total et, en général, plus le niveau de leurs revenus est bas, plus la proportion de leur revenu total provenant de l'allocation d'entretien est élevée.

Si les femmes (et leurs enfants) ne devaient subvenir à leurs besoins qu'à l'aide des allocations d'entretien, 97 p. 100 d'entre elles se situeraient au-dessous du seuil de pauvreté

établi pour les diverses tailles de familles. L'effet général des allocations d'entretien est que, si ces versements sont réellement effectués, le nombre de femmes se situant au-dessous du seuil de pauvreté est ramené de 75 p. 100 à 58 p. 100. D'une manière générale, la fixation du montant des allocations d'entretien ne tient pas assez compte de la taille de la famille : plus il y a d'enfants, moins le paiement d'allocation d'entretien correspondant à chaque enfant est élevé.

Contrairement à ce que l'on croit généralement, la médiation a souvent un effet favorable sur la situation économique des femmes et des enfants après un divorce ou une séparation. En cas de médiation, le montant des allocations d'entretien est en moyenne supérieur d'environ 1 200 $ à 1 400 $ par année, selon les circonstances, à celui fixé par les tribunaux. L'effet global de la médiation, en tant qu'élément permettant de minimiser les difficultés économiques, est cependant modeste : il abaisse de quatre pour cent la proportion de femmes et d'enfants vivant au-dessous du seuil de pauvreté établi pour les diverses tailles de famille.

Lors des entrevues, 29 p. 100 des femmes ont déclaré ne pas recevoir le paiement d'allocation d'entretien fixé par les tribunaux ou celui dont il avait été convenu. A Saskatoon et à St John's, le recours à la médiation ne semble pas avoir exercé une grande influence sur l'exécution, par les hommes, des ordonnances d'allocation d'entretien. Montréal fait toutefois exception; en effet les hommes ayant eu recours à la médiation (97 p. 100) acquittent mieux de leurs obligations que lorsqu'ils n'y ont pas eu recours (67 p. 100).

Les résultats de cette étude concordent avec ceux d'une recherche antérieure qui a démontré que dans la majorité des cas, les femmes obtiennent la garde des enfants. La principale

différence entre les résultats de la présente étude et les résultats des analyses antérieures des données du Bureau d'enregistrement des actions en divorce au Canada (effectuées par Statistique Canada) est que la garde conjointe des enfants, qui est accordée dans 8,8 p. 100 des cas, est actuellement plus courante qu'au début des années 1980. Cependant, dans l'échantillonnage étudié, la surreprésentation des cas ayant fait l'objet d'une médiation et d'un divorce avec contestation fait gonfler le nombre de cas où la garde conjointe des enfants a été accordée. Les données révèlent que lorsque la garde des enfants fait l'objet d'une contestation, le droit de garde conjointe est alors plus fréquemment accordé ou, encore, la garde partagée alternativement entre le père et la mère. La garde conjointe des enfants est aussi beaucoup plus souvent accordée lorsque le couple a recours à la médiation pour parvenir à une entente. Tel est particulièrement le cas à Montréal où environ 47 p. 100 des accords obtenus par médiation comportent une entente de garde conjointe des enfants. A Saskatoon et à St. John's, la médiation est plus susceptible de mener à une entente de garde conjointe que l'absence de médiation, mais les pourcentages sont considérablement moins élevés qu'à Montréal. De façon générale, la proportion de jugements assortis d'une ordonnance de garde conjointe varie considérablement d'un territoire d'enquête à l'autre, allant de 15 p. 100 à Ottawa à 4 p. 100 à St. John's. Dans 47 p. 100 des cas, des dispositions matérielles prises d'un commun accord s'ajoutent au droit de garde conjointe.

Dans environ 23 p. 100 de tous les cas et dans 46 p. 100 des cas ayant fait l'objet d'une médiation, le droit de visite et de sortie est assorti de conditions très spécifiques. En règle générale, c'est "un droit de visite et de sortie raisonnable ou libéral" qui est accordé. Les données tirées des entrevues avec les clients révèlent que cette clause est définie ou interprétée de différentes manières et que, en conséquence, son application

s'avère parfois un peu obscure. La plainte la plus fréquente se rapporte au fait que les hommes à qui la garde des enfants n'a pas été attribuée ne se prévalent pas comme prévu de leur droit de visite ou, encore, en usent de façon irrégulière et imprévue. Les hommes appartenant au groupe ayant eu recours à la médiation ont dans l'ensemble tendance à s'occuper davantage de leurs enfants, en ce sens qu'ils respectent davantage les modalités du droit de visite que les hommes du groupe n'ayant pas eu recours à la médiation, ou encore, voient leurs enfants plus fréquemment que convenu. Quant aux hommes du premier groupe qui ne voient pas leurs enfants, cette situation ne semble pas être causée par un refus de leur ex-femme.

Lors des entrevues, seulement un cinquième des hommes et des femmes ont fait mention de difficultés ou de conflits au sujet du droit de visite et du rôle parental. Les personnes appartenant au groupe ayant eu recours à la médiation semblent être un peu plus en conflit que celles appartenant au groupe n'ayant pas eu recours à la médiation, ce qui s'explique peut-être par le fait que le père et la mère sont davantage susceptibles de participer tous deux à l'éducation des enfants et risquent donc davantage d'entrer en conflit. Cependant, pour ce qui est d'une grande variété de mesures liées au rôle parental et aux relations après le divorce, on a relevé peu de différences entre le groupe de ceux qui ont eu recours à la médiation et celui qui n'y a pas eu recours. Il convient également de noter que nos données ne révèlent pas le degré de conflit entre ex-époux semblable à celui mis en lumière dans certaines études américaines, ni les reproches qui peuvent être faits à l'ex-époux. De plus l'aptitude de l'ex-époux à élever des enfants est rarement remise en cause.

Les données tirées de la présente étude indiquent que la médiation n'est pas nécessairement la manière la moins

dispendieuse de divorcer ou de se séparer. En moyenne, tant les hommes que les femmes estiment que les honoraires d'avocat versés par les personnes appartenant au groupe ayant eu recours à la médiation dépassent d'environ 500 $ et 300 $ ceux réclamés au groupe n'ayant pas eu recours à la médiation. Grosso modo, ces différences persistent tant dans les cas de divorce avec contestation que dans les cas n'ayant pas donné matière à contestation. En d'autres termes, les clients qui ont eu recours à la médiation et qui ne sont pas parvenus à une entente complète ont versé des honoraires plus élevés que ceux dont l'action était contestée et qui n'ont traité qu'avec des avocats.

Rien ne prouve non plus que la médiation contribue à réduire les frais encourus par l'État pour traiter les divorces et les séparations. L'argument communément avancé en faveur de la médiation est qu'elle diminue le nombre de divorces avec contestation, mais ce fait ne ressort pas clairement des données : tous les couples qui ont eu recours à la médiation n'auraient pas nécessairement eu un divorce ou une séparation avec contestation et, réciproquement, nombre de couples qui ont essayé de recourir à la médiation ont eu ensuite à faire face à une contestation devant les tribunaux. En ce qui a trait au temps des tribunaux, au nombre d'audiences et à la complexité générale des actions, il ne semble pas y avoir de différences notables ou quantifiables entre les causes ayant fait l'objet d'une médiation et les causes sans médiation. La médiation réduit cependant le délai entre le dépôt de la requête et le prononcé du jugement définitif. Bien que cela ne semble pas présenter un avantage financier apparent pour l'État, il en découle un net avantage pour les clients, voire même pour leurs enfants, en ce sens que la plupart d'entre eux ont trouvé que la longue période entre le début et la fin du processus était une cause majeure de peine et d'anxiété.

Trop peu de couples ont de nouveau fait appel aux deux tribunaux desservant une moindre clientèle pour nous permettre de formuler des commentaires sur l'influence de la médiation sur le nombre de requêtes présentées à nouveau devant les tribunaux en vue d'obtenir la modification ou l'éxécution d'une ordonnance. Par contre, à Montréal, au moment de l'enquête, 17 p. 100 des cas n'ayant pas eu recours à la médiation avaient été renvoyés devant les tribunaux, tandis que le nombre de cas renvoyés devant les tribunaux après un essai de médiation ne s'élevait qu'à un peu moins de 4 p. 100. Cette différence permet de penser que la médiation présente au moins des avantages financiers tant pour les clients que pour les tribunaux. En outre, comme nous l'avons mentionné précédemment, des économies indirectes peuvent être réalisées lorsque, comme à Montréal, les allocations d'entretien font l'objet d'une médiation : non seulement les montants alloués sont-ils plus élevés, mais les termes de l'ordonnance ou de l'entente sont également davantage respectés.

Répercussions sociales

Tel qu'il ressort de l'évaluation du processus et des résultats, la médiation en matière de divorce ne permet généralement pas d'atteindre des résultats nettement supérieurs à ceux obtenus par un processus contradictoire, ni même différents. Les résultats de cette étude n'appuient pas non plus les assertions de ceux qui critiquent la médiation en matière de divorce, qui sont pour la plupart regroupées dans cette étude sous la rubrique générale de "Répercussions sociales". Tel que mentionné plus haut, les femmes et les enfants sont dans une meilleure situation économique lorsque l'entente est obtenue par médiation et ce, indépendamment du niveau de revenus. Ce résultat est particulièrement vrai pour le service de médiation de Montréal, le seul parmi les services de médiation étudiés qui offre la médiation en matière de questions financières, de

partage des biens, de garde des enfants et de droit de visite et de sortie.

Par ailleurs, la crainte que les droits de la personne ne soient pas adéquatement protégés lorsqu'on a recours à la médiation pour régler un divorce ou une séparation est également sans fondement. Les médiateurs rattachés aux tribunaux qui ont fait l'objet de la présente étude soulignent invariablement le fait qu'il est important que les clients consultent un avocat, même s'ils n'ont pas l'intention d'intenter une action en divorce ou de présenter une requête d'ordonnance judiciaire en vertu de la législation provinciale. Il est exact que certains clients qui ont eu recours à la médiation et qui espéraient éviter les tribunaux et les avocats ont déploré le fait que l'entente à laquelle ils étaient parvenus par médiation ne constitue pas un acte juridique liant les parties et qu'elle n'est pas applicable tant que leurs avocats ne l'ont pas fait entériner. Il est évident que la plupart des clients ont demandé conseil à un médiateur et ont consulté un avocat avant, pendant ou après la médiation et que, tout autant que ceux qui n'ont pas eu recours à la médiation, ils auraient pu être représentés en cour par un avocat au moment de l'audience.

Bien que l'on dise que les juristes s'inquiètent de la qualité des ententes obtenues par médiation, les avocats interrogés dans le cadre de la présente étude n'ont pas exprimé une telle inquiétude; ils ont trouvé peu de points pouvant donner matière à litige, tant dans les ententes qu'on leur a demandé d'examiner et de rédiger sous forme d'entente de séparation que dans les projets de règlement de divorce. Ces avocats n'ont en outre pas semblé craindre que la médiation mine le rôle qu'ils sont appelés à jouer dans les litiges familiaux ou sabre dans leurs revenus.

Il est évident que les médiateurs encouragent fortement les couples à parvenir à une entente de garde conjointe des enfants, mais rien ne permet de conclure que les femmes s'y sentent "forcées" par crainte de perdre la garde en cas de litige. Au contraire, la plupart des femmes à qui la garde conjointe des enfants a été attribuée ont fait ce choix d'emblée. Lors des entrevues, elles étaient moins satisfaites de la garde conjointe que les hommes, sans doute parce que leurs ex-maris, bien que partageant la responsabilité de l'éducation des enfants, n'y participaient pas autant qu'elles. La garde conjointe des enfants n'est pas non plus une monnaie d'échange contre des versements d'allocation d'entretien moins élevés : les femmes participant à la garde conjointe des enfants, mais qui en avaient de fait l'entière garde physique recevaient des versements d'allocation d'entretien considérablement plus élevés que l'échantillonnage général de femmes séparées ou divorcées.

Conclusion

A quelques exceptions près, la conclusion à tirer de cette étude est que la médiation mène à des résultats marginalement, mais pas considérablement, meilleurs que ceux obtenus par négociation entre avocats ou même par affrontement devant les tribunaux. Si, comme nous venons de le dire, les détracteurs de cette méthode ont beaucoup surestimé le bien-fondé de leur cause, il en va de même pour ses partisans dont les allégations sont plus de nature polémique qu'empirique.

Il se peut également que partisans et détracteurs de cette méthode aient raison, mais qu'ils se rapportent, en matière de droit familial, à une époque révolue ou qui n'a jamais connu au Canada l'intensité qu'elle a connue aux États-Unis sur le plan social, culturel et juridique. D'une part, la médiation en matière de divorce, dont on n'avait pour ainsi dire jamais

entendu parler il y a dix ans, a évolué péniblement au fil des années et est sur le point d'être reconnue à titre de profession. Au cours de ce processus, ceux et celles qui exercent les fonctions de médiateur ont été très sensibles à la critique et ont assurément touché à bon nombre de problèmes qui ont peut-être existé il y a quelques années de cela. D'autre part, le droit de la famille, du point de vue de la procédure et des principes, a également évolué considérablement et ce, tant au niveau fédéral que provincial. Du reste, tout permet de croire que les juristes -- tant les juges que les avocats -- ont précipité l'avènement de ces changements, mais les ont aussi assimilés à fond.

Bref, les médiateurs en matière de divorce sont beaucoup plus conscients du fait que les résultats de leurs efforts ont des répercussions socio-affectives, mais également des conséquences juridiques. Les termes de l'entente conclue à l'issue d'une médiation doivent satisfaire aux exigences d'un contrat légal, tout en correspondant à ce que les juges de chaque juridiction estiment être un règlement raisonnable, applicable et équitable. Les médiateurs ne risquent donc pas de ratifier des accords que les avocats rejetteront ou que les juges trouveront problématiques. Les juges des tribunaux spécialisés en droit de la famille ou, du moins, ceux rencontrés dans le cadre de ce projet, ont aussi de moins en moins de patience à l'égard des personnes qui adoptent une attitude antagoniste, en particulier lorsque le bien-être des enfants est en cause. Ils préfèrent que le couple ait recours à la médiation ou à de plus amples négociations ou, encore, ordonnent une évaluation en matière de garde des enfants. Les avocats, ici encore ceux ayant fait partie de cette étude, sont très conscients du fait que les juges n'apprécient pas les oppositions outrancières. Mise à part leur crainte de susciter le courroux des juges, qu'ils côtoient d'ailleurs quotidiennement, la plupart des avocats spécialisés en droit de la famille estiment également qu'il est dans l'intérêt

de tous d'éviter autant que possible les litiges, en particulier en matière de garde des enfants et de droit de visite et de sortie. Eux aussi pensent que si tout est fonction du bien-être des enfants, le processus contradictoire traditionnel est inadéquat, point de vue que partagent d'ailleurs bon nombre des couples qui mettent fin à leur union.

Le fait qu'il n'y ait pas de différences marquées entre les résultats obtenus par la médiation et ceux obtenus sans médiation ne constitue pas pour autant une condamnation de cette méthode. Il laisse plutôt entendre que le droit de la famille a pris un caractère plus humain, que les buts et les principes des médiateurs, des juges et des avocats sont plus semblables qu'ils ne l'étaient sans doute autrefois. Le champ de la médiation en matière de divorce s'est étendu et a contribué à instaurer un régime de divorce et de séparation tout à fait différent de celui décrit et dénoncé par la Commission de réforme du droit, il y a de cela une dizaine d'années. De nos jours, la médiation en matière de divorce n'est plus une innovation totale et radicale juxtaposée au système contradictoire traditionnel. Il serait donc surprenant que les accords découlant de la médiation diffèrent beaucoup de ceux que le système contradictoire actuel permet d'obtenir.

Ainsi qu'il ressort de la présente étude, la médiation en matière de divorce est un service utile offert aux nombreux couples en instance de divorce ou de séparation et ceux qui y ont eu recours se disent très satisfaits de cette méthode et de ses résultats. Par surcroît, les services offerts par les tribunaux comportent plusieurs autres éléments importants qui vont de l'information à l'orientation après le divorce et la séparation et à la médiation. Cette solution, qui est bien vue des tribunaux et des membres du Barreau, semble faire maintenant

partie intégrante de l'application du droit de la famille et elle mérite d'être appuyée et encouragée.

PARTIE I : INTRODUCTION

Toutes les unions heureuses se ressemblent, nous dit Tolstoï au début d'Anna Karénine, mais les unions malheureuses sont toutes uniques en leur genre. Si, de son temps, le divorce avait été plus courant et moins réprouvé par la société et qu'il ait écrit un tout autre livre, Tolstoï aurait sans doute été tenté de faire remarquer à quel point les mariages se ressemblent et à quel point les ruptures sont différentes les unes des autres. On verse parfois des larmes à un mariage, mais ce sont en général des larmes de joie. Un divorce ou une rupture entraînent presque invariablement de la peine, de l'amertume, de la tristesse et un grand bouleversement dans la vie des gens; tous les mariages se ressemblent un peu et comportent un certain nombre d'éléments prévisibles, tandis que la dissolution d'un mariage a des caractères uniques et constitue immanquablement un drame pour ceux et celles qui sont en cause. Nous entamons ce rapport sur une note sombre parce que lorsqu'on se penche sur la question du divorce et du droit de la famille, la séparation des conjoints semble être chose ordinaire à laquelle on s'attend. En cours d'étude, l'angoisse, la peine et les difficultés financières sont quantifiées et présentées sous forme de moyennes, de pourcentages et de calculs par recoupements; en cours d'analyse, il est facile d'oublier que ces chiffres statistiques secs ne constituent qu'une description limitée et partielle de cet ensemble particulier de tragédies humaines.

Au cours des dernières années, on a pu noter un intérêt croissant pour la création et l'utilisation de moyens visant à mettre fin aux mariages malheureux tout en minimisant les coûts sociaux, psychiques et économiques liés à ce processus. Parmi ces moyens de rechange au processus judiciaire traditionnel, on compte la médiation en matière de divorce, c'est-à-dire le

recours à une tierce partie neutre afin d'aider les couples en instance de séparation ou de divorce à mettre fin à leur union avec le moins de peine et de frais possibles. La médiation en matière de divorce, que l'on désignait autrefois sous le terme de consultation en vue d'une réconciliation possible, est une méthode nouvelle et partiellement institutionnalisée qui vise à régler les litiges conjugaux et familiaux. Elle n'a pas la même histoire ni la même tradition que le processus juridique et, dans certains milieux, on estime qu'elle s'immisce inutilement, voire même dangereusement, dans le domaine du droit de la famille. Le présent rapport est essentiellement une évaluation de ce nouveau moyen de règlement des différends.

Une ébauche de discussion, rédigée en août 1984, a été à l'origine de l'étude faisant l'objet du présent rapport. Cet ouvrage se fonde sur plusieurs documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada ainsi que sur des rapports sur le droit de la famille, sur l'évaluation des quatre projets-témoins touchant les tribunaux de la famille à juridiction regroupée, et sur d'autres recherches touchant les services de consultation en vue d'une réconciliation possible et de médiation en matière de divorce. Il comporte également une discussion de divers points relatifs aux incidences des tentatives de règlement à l'amiable qui ont été soulevés à plusieurs reprises par les membres du Barreau, par diverses associations s'occupant de la condition féminine au Canada et par des groupes intéressés par le concept nouveau qu'est celui du droit des pères. Enfin, dans l'ébauche de discussion, il a été suggéré de procéder à une étude qui traiterait des questions d'évaluation et des besoins généraux d'information du ministère fédéral de la Justice en ce qui a trait aux futures décisions touchant à la politique en matière de divorce et à la situation économique des femmes et des enfants après le divorce.

De manière générale, ce rapport faisait valoir que si les partisans de la médiation en matière de divorce manifestent beaucoup d'enthousiasme pour les avantages que cette méthode semble offrir versus le processus contradictoire traditionnel, il n'en demeure pas moins que cet optimisme manque largement d'un fondement empirique et que souvent le système contradictoire est souvent présenté de façon très polémique, voire même caricaturale. Cependant, même si l'optimisme à l'égard de la médiation et la critique du système judiciaire sont justifiés, on ressent le besoin de savoir quelles méthodes et quels modèles de médiation sont actuellement en voie de s'établir au Canada et dans quelle mesure cette méthode d'inspiration essentiellement américaine donne des résultats dans le contexte culturel, social et juridique canadien. Bien que les préoccupations que suscite la médiation en matière de divorce ne semblent pas étayées par des preuves empiriques, il a été jugé important que la recherche explore les conséquences ou les résultats inattendus de cette méthode de règlement des litiges.

Ce rapport conclut à la nécessité d'une évaluation de la médiation en matière de divorce qui se concentrerait sur son processus, ses résultats et ses répercussions sociales. En ce qui a trait aux résultats, les questions ont visé essentiellement à déterminer l'efficacité que peut avoir la médiation en matière de divorce lorsqu'il s'agit d'en arriver à des ententes sérieuses et de longue durée, d'atténuer la peine, l'amertume et les difficultés financières liées à une rupture entre conjoints, de favoriser le rôle parental après le divorce et, du point de vue de l'État, d'améliorer tant l'efficacité des tribunaux spécialisés en droit de la famille que l'exécution des ordonnances d'entretien.

On espérait que l'évaluation du processus fournirait du même coup des informations plus systématiques sur la manière dont

fonctionnent les services de médiation en matière de divorce et les services de counseling en cas de séparation, sur les diverses méthodes actuellement utilisées ainsi que sur la manière dont ces services interagissent avec le milieu juridique et le système judiciaire. Les répercussions sociales mentionnées dans le cadre de ce rapport portent sur des points tels que l'effet de la médiation sur la protection des droits de la personne, la situation économique des femmes et des enfants après une séparation ou un divorce, la profession d'avocat et la préservation de la famille. Mais, avant tout, cette étude a cherché à déterminer si la médiation atténue les effets qu'a sur les enfants la rupture du mariage de leurs parents.

Le nombre de publications portant sur la médiation en matière de divorce ne cesse d'augmenter et certaines ont même été publiées pendant que se déroulait la présente recherche. Outre les rapports d'études empiriques ou d'évaluation, il existe au moins six livres et un nombre incalculable d'articles rédigés par des médiateurs qui exercent et qui s'évertuent à transmettre leurs connaissances aux futurs médiateurs ou à inciter les couples qui rompent à recourir à cette méthode pour résoudre leurs problèmes. La présente étude n'a donc pas été conçue de manière théorique ou empirique en vase clos, bien que le nombre de recherches menées au Canada soit encore assez faible. Les études les plus connues fondées sur des faits -- pour la plupart américaines -- ont servi à mettre sur pied un projet-témoin ou, encore à tenter d'évaluer un service existant. Malgré leur apport incontestable, toutes ces études ont souffert inévitablement, d'une façon ou d'une autre, de problèmes de méthodologie et de contraintes inhérentes à la recherche effectuée hors d'un laboratoire et dans des conditions non contrôlées.

La présente étude ne se libère pas de toutes ces contraintes méthodologiques, mais elle se distingue de la plupart des autres études par une caractéristique importante, à savoir que le but de la recherche a consisté à étudier les services de médiation et les services de counseling en cas de séparation dans un milieu réel, et non pas expérimental, et à observer ces processus dans le contexte du processus judiciaire global. Sous-jacente à ce but, existait l'opinion que, dans le domaine du droit de la famille, ceux qui se sont concentrés sur des processus ou des résultats spécifiques ont souvent, et peut-être involontairement, déformé l'importance statistique de ces phénomènes. C'est dire que des dispositions telles que l'attribution du droit de garde conjointe, du droit de garde au père ou d'une prestation sous forme de capital forfaitaire au lieu d'une allocation d'entretien présentent un intérêt certain, étant donné que ce sont ces dispositions qui permettent de remplacer le recours judiciaire traditionnel par la négociation d'une entente ou, encore, parce que leurs détracteurs tirent pleinement parti du système judiciaire et se lancent dans des chicanes coûteuses et très longues pour régler la question de la garde des enfants. Bien qu'il s'agisse des aspects de la rupture qui risquent de retenir le plus l'attention des médias, une fois replacés dans un contexte global, il s'agit d'événements et de processus relativement peu fréquents et qui obligent à se demander quelle importance il faut leur accorder dans la formulation d'une politique.

Rien de ce qui précède n'a laissé entendre que l'étude devrait tenter de couvrir toutes les régions du Canada. On a cependant eu le sentiment que des agglomérations de diverses importances et divers types de services devraient être pris en considération et, si besoin était, être comparés entre eux. On a de plus recommandé que les tribunaux du droit de la famille choisis pour cette étude soient de ceux dont le service de

médiation ou la branche sociale sont bien implantés et qui ne connaissent plus les aléas caractéristiques des débuts. En conséquence, une fois la proposition acceptée, le ministère fédéral de la Justice a entamé des négociations avec plusieurs provinces. Les tribunaux et services finalement choisis ont été ceux de Saskatoon, de Winnipeg, de Montréal et de St. John's. Le présent rapport traite des résultats des recherches effectuées dans trois de ces territoires. A Winnipeg, le quatrième territoire d'enquête, l'étude a été accomplie par deux chercheurs contractuels sur place, et les résultats de cette étude sont fournis à part, dans un autre document. Bien que les chercheurs aient posé des questions pratiquement identiques à celles que nous venons de citer, l'organisation et la méthodologie du tribunal de Winnipeg ont nécessité un plan de recherche légèrement différent de celui suivi dans la présente étude.

En outre, il est devenu évident que la Loi sur le divorce de 1985 allait être adoptée au moment où ce projet devait débuter. En conséquence, les divorces sur lesquels cette étude devait porter allaient faire partie des dernières causes réglées sous le régime de la Loi sur le divorce de 1968. Le plan de l'étude a donc été modifié de façon à recueillir des données de base pour une future évaluation de la nouvelle législation sur le divorce. Le fait d'ajouter le tribunal d'Ottawa aux autres territoires d'enquête a été un élément important de cette modification, mais le fait que ce dernier tribunal n'offre pas de services de médiation ou de services de counseling a obligé à confiner la recherche de façon presque exclusive à la collecte de données de base sur la partie du projet relative à l'évaluation des divorces. En conséquence, à l'exception de certaines analyses de données groupées sur les divorces, le présent rapport ne porte que sur les trois territoires d'enquête choisis à l'origine.

Les résultats de l'étude communiqués ici sont tirés de trois parties fondamentales de la recherche : l'analyse d'environ 1 800 dossiers de causes de divorce et de séparation (Analyse des instances); l'entrevue de 905 hommes et femmes dont le dossier faisait partie de l'Analyse des causes (Étude des entrevues avec les clients); et des données qualitatives et des descriptives extraites des observations officielles ou non des chercheurs qui ont étudié la médiation auprès de chacun des trois tribunaux (Analyse des observations). En outre, lorsque besoin était, nous avons utilisé les données de deux études supplémentaires. La première, l'étude portant sur les avocats, est fondée sur soixante entrevues relativement peu structurées avec des avocats appartenant aux trois territoires d'enquête et qui ont régulièrement recours au tribunal du droit de la famille de leur juridiction, ainsi que sur le questionnaire envoyé par la poste aux membres du Barreau canadien qui avaient manifesté de l'intérêt pour le droit de la famille. Ce questionnaire nous a valu 220 réponses utilisables. La seconde étude complémentaire, l'étude de la médiation, est fondée sur des entrevues officieuses avec les médiateurs rattachés aux tribunaux, certains médiateurs exerçant à titre privé, et un questionnaire adressé par la poste aux conseillers et médiateurs figurant au dernier Inventaire des services de médiation et de consultation en vue d'une réconciliation possible dressé par le Ministère de la Justice du Canada. Enfin, nous avons examiné l'échantillonnage initial des dossiers d'archives des tribunaux pour déterminer le nombre de personnes qui avaient de nouveau fait appel aux tribunaux pour faire exécuter une ordonnance ou demander la modification des dispositions relatives au droit de garde, au droit de visite et de sortie ou à l'entretien.

Ce projet a permis de recueillir une somme assez considérable de données quantitatives et qualitatives sur divers aspects du processus de séparation et de divorce et sur la

situation dans laquelle se trouvent ensuite les personnes qui ont traversé cette épreuve. Comme on peut le voir d'après la date de ce rapport, il a fallu un peu plus de temps que prévu pour recueillir, codifier et analyser ces données, mais il en a fallu nettement plus pour absorber les résultats et en faire la synthèse, de façon à ne conserver que ceux qui sont les plus pertinents. Ainsi que nous l'avons appris, la façon dont les couples mettent légalement un terme à leur mariage est complexe et loin d'être uniforme. Lors de l'étude de ces processus, il est facile de s'écarter du sujet principal, de se laisser entraîner dans diverses directions intéressantes et de s'égarer dans une sorte de labyrinthe. Cela est d'autant plus vrai que tous les chercheurs en sont venus à très bien connaître le tribunal et la juridiction faisant l'objet de leur étude, ainsi que la situation de leurs répondants. En tant que chercheurs consciencieux -- par définition curieux et soucieux des aspects sociologiques de la question -- il leur a été impossible de ne pas être quelque peu attirés par certains sujets spécifiques à leur territoire d'enquête : la situation économique critique de l'aide juridique civile en Saskatchewan et ses répercussions sur le droit de la famille; les préoccupations de la division familiale du tribunal de Montréal à l'égard de la médiation en matière de divorce; les répercussions des changements de personnel au tribunal de St. John's et, de façon plus générale, les préoccupations qu'entraînent pour chaque tribunal la somme des actions dont ils sont saisis et les retards qui en découlent; l'aveu, par des femmes interrogées, de la violence dont elles et leurs enfants ont été victimes et qui, dans la plupart des cas, a constitué un facteur sous-jacent, mais non formulé de la rupture de l'union; les intrigues que nous avons perçues en tant que scientifiques spécialisés en sociologie de la famille lors de l'exploration, dans leurs moindres détails, des ententes de garde conjointe. Qui plus est, compte tenu de l'envergure et de la portée de ce projet, il a été jugé important de faire au mieux et

de s'assurer, en particulier, que les résultats des entrevues pourraient être utilisés avec profit, tant du point de vue du Ministère qui souhaite établir une politique qu'en ce qui a trait à l'objectif général qui visait à accumuler des connaissances au sujet des familles de divorcés au Canada.

Malgré l'envergure de ce rapport et la somme de données analysées et fournies, nous l'avons qualifié d'analyse préliminaire, en raison des nombreux objectifs que comportait ce projet. La recherche a consisté à étudier les processus et les résultats -- prévus et imprévus -- de la médiation en matière de divorce, en comparaison avec les processus purement judiciaires, à étudier la relation entre la médiation, le milieu juridique et le système judiciaire. En outre, on escomptait que la recherche fournirait des données de base générales sur la garde des enfants, le droit de visite et de sortie et les paiements d'allocations d'entretien et, comme nous l'avons déjà mentionné, qu'elle porterait, plus précisément sur les jugements de divorce prononcés juste avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Et, pour finir, étant donné qu'il y a plusieurs territoires d'enquête, il s'ajoute un élément comparatif ainsi qu'un intérêt compréhensible pour les résultats fournis relativement à chaque territoire inclus dans le projet.

En procédant à l'analyse de nos données et en choisissant une méthode de travail, nous avons compris le dilemme des cartographes et nous les avons plaints : plus l'échelle est grande, plus la vue générale est bonne, mais moins la carte est pratique pour préparer un voyage. Par ailleurs, les cartes d'état-major sont détaillées, mais elles manquent de perspective et si nous n'avons qu'elles, il devient difficile de nous situer et de savoir où nous allons. Ce projet nous confronte à un dilemme similaire et, pour reprendre l'analogie, nous avons opté pour la description d'un "continent" et avons laissé de côté,

pour publication ultérieure, les détails que nous aimons trouver sur les cartes d'état-major.

Autrement dit, cette somme de données contient un certain nombre de sous-thèmes qui pourraient faire l'objet de publications spécifiques et, probablement, de mémoires de maîtrise ès-Arts. Ce rapport est volumineux, mais il n'en demeure pas moins, dans une large mesure, un résumé dans lequel nous avons essayé de revenir sur les questions soulevées dans le rapport de discussion original. Nous espérons que sa lecture suscitera des questions et des suggestions quant à l'emploi qui peut être fait des données dans le cadre de publications plus spécialisées et, à certains points de vue, plus détaillées.

La suite de ce rapport est divisée en cinq parties. Dans la deuxième partie II, nous passons en revue les points importants de la question du divorce et de la médiation familiale, ainsi que certains résultats d'une étude socio-scientifique qui étayent la thèse en faveur du recours à des méthodes non contradictoires pour mettre un terme à une union. Étant donné que de récentes modifications de la Loi et des procédures ont porté sur certaines questions relatives au droit de la famille et à son application, nous en traitons brièvement à la fin de cette partie et nous les plaçons dans un contexte plus contemporain. Dans la troisième partie, nous décrivons la conception de la recherche et la base de données de chacun des modules de recherche composant ce projet et ce, pour chacun des territoires d'enquête. Dans la quatrième partie, l'importance est donnée aux questions de processus. Nous commençons par une description des trois tribunaux et, de façon plus particulière, des service de médiation et de leurs méthodes. La deuxième section de cette quatrième partie traite de façon générale de la médiation au Canada, de l'interaction des avocats spécialisés en droit de la famille avec les services de médiation auprès des tribunaux et ceux offerts dans le secteur privé, et de

l'opinion qu'ont les médiateurs et les avocats de la médiation, du divorce et de la séparation. Le reste de cette partie porte sur les caractéristiques des clients qui ont choisi (ou refusé) de recourir à la médiation pour régler leur rupture et rapporte ce que les clients eux-mêmes avaient à dire au sujet de la médiation et du système judiciaire.

La cinquième partie nous conduit au coeur même de la recherche, c'est-à-dire à l'analyse et à l'évaluation des résultats de la médiation en matière de divorce; elle s'attache tout particulièrement à la situation économique des couples et de leurs enfants, aux droits de garde, de visite et de sortie, au rôle parental, en général, et aux répercussions de la médiation sur divers aspects du processus judiciaire. Au cours de cette analyse, nous fournissons également des données de base sur les dispositions concernant les allocations d'entretien, le droit de garde et le droit de visite et de sortie, comme l'exigeait le présent contrat. Bien que distincte sur le plan de l'analyse, cette partie porte également sur ce que les données nous révèlent sur les diverses répercussions sociales. Ces questions se fondent en effet en grande partie sur la même base empirique que les questions et les mesures plus explicites relatives aux résultats. Dans la sixième partie, intitulée "Résumé et conclusions", nous regroupons les résultats les plus importants et nous commentons les points soulevés par ceux qui ont relevé les conséquences involontaires qu'entraîne la médiation en matière de divorce.

PARTIE II : QUESTIONS ET CONTROVERSES

AVANT-PROPOS

Au Canada, la médiation en matière de divorce, ou consultation en vue d'une réconciliation possible, comme on l'appelait il y a peu de temps encore, est née de la réaction unanime aux lacunes que le droit traditionnel de la famille laissait percevoir.[1] Le résultat est que bon nombre de sujets étudiés dans le présent rapport tirent leur origine des critiques anciennement formulées à l'égard du droit de la famille au Canada, de sa raison-d'être, de ses procédures et des complications structurelles qu'entraîne un système judiciaire dans lequel la plupart des questions familiales sont de compétence provinciale, mais où le rôle de trancher en matière de divorce est dévolu au gouvernement fédéral. De 1970 à 1980, la Commission de réforme du droit du Canada, tout nouvellement formée, a préparé plusieurs rapports et documents de travail portant sur ce qui était perçu à l'époque comme les questions cruciales et les lacunes du droit familial et de son application et dans lesquels elle a formulé plusieurs recommandations importantes à l'égard de changements allant de la création de tribunaux de la famille à juridiction regroupée dans tout le Canada, jusqu'à une restructuration majeure et une refonte de la Loi de 1968 sur le divorce. Parallèlement, la réforme de l'ensemble caduc des lois provinciales sur la séparation, l'abandon du foyer et la protection des enfants était en cours, du moins dans certaines provinces, et a donné lieu à une législation fondamentalement différente, tant du point de vue des principes sous-jacents que de la procédure.

S'il est en sciences sociales un domaine qui n'a cessé de prendre de l'importance au cours des années 1980, c'est bien celui des recherches effectuées sur les femmes et sur la

condition féminine, et nulle part ailleurs cette évolution n'est aussi évidente que dans le domaine de la justice, de la sociologie du droit et de la recherche judiciaire. Le point de vue féministe a souvent allié théorie et pratique faisant croître les pressions, parfois étayées d'études sérieuses, pour que la législation tienne davantage compte de la situation particulière des femmes et que des réformes bien intentionnées n'aient pas pour conséquence involontaire d'empirer la situation déjà désavantagée des femmes dans la société contemporaine. Bon nombre des questions et de controverses entourant la médiation en matière de divorce et de droit de la famille ont donc été suscitées et formulées par ce segment du secteur de la recherche, qui se fait de plus en plus entendre et qui s'avère de plus en plus productif.

Cette partie vise plusieurs fins. Tout d'abord, elle passe brièvement en revue les points qui ont incité à recourir à la médiation en matière de divorce et de litiges familiaux. En deuxième lieu, elle résume l'importante recherche socio-scientifique sur laquelle se fonde le principe théorique et empirique de ce type d'intervention lors d'une rupture. Troisièmement, elle souligne les principales questions soulevées dans les plus récentes recherches et réflexions, principalement d'origine féministe, sur la réforme du droit de la famille et sur la médiation en matière de divorce.

HISTORIQUE

Le projet de discussion sur lequel se fonde le présent projet de recherche[2] résume la plupart des premières critiques formulées et les solutions proposées. A cette époque, le leitmotiv était le regret que le droit de la famille et son application ne parvenaient pas à suivre le cours des changements importants qui se produisaient dans le milieu familial ni l'évolution des

concepts et attitudes vis-à-vis du mariage, de la famille et du divorce. Vers 1970, il semblait aux auteurs d'ouvrages que les observations de l'américain Meyer Elkin, selon lesquelles la condition familiale s'était tellement transformée que le droit traditionnel de la famille datait d'une autre ère depuis longtemps révolue, dépeignaient avec justesse le droit canadien de la famille, d'une part, et, d'autre part, la "tornade de changements" qui secouaient les institutions supposément vénérables et stables que sont le mariage et la famille.[3]

Il est incontestable qu'entre 1970 et le début de 1980, le taux des divorces a augmenté subitement au Canada et que sont apparues en conséquence diverses formes d'unités familiales.[4] La famille nucléaire traditionnelle était encore statistiquement la norme, mais il devenait de plus en plus évident que, par choix ou à cause des circonstances, un nombre important de Canadiens et de Canadiennes avaient opté pour des formes de vie familiale différentes. Les familles monoparentales ont commencé à devenir beaucoup plus nombreuses, mais on s'est aussi intéressé davantage à d'autres formes d'unités familiales nées d'un divorce et que l'on a dénommées remariages, familles reconstituées, familles binucléaires et autres, pour essayer de saisir l'essence et la complexité de ces nouvelles formations.[5] Par conséquent, comme le soutient Margrit Eichler, la théorie et la politique sociales ne pouvaient plus continuer d'être fondées sur un préjugé monolithique de la famille.[6]

Quant aux attitudes vis-à-vis du divorce, on a également remarqué une évolution. Dans les années 1950 et 1960, on estimait souvent que le divorce était désastreux, que c'était un événement qui minait et détruisait la famille. Les enfants de parents divorcés étaient souvent considérés comme des victimes dont il fallait avoir pitié, mais au cours des années 1970 le divorce, sans qu'on lui prête pour autant un caractère

romantique, a commencé à être vu comme pouvant apporter créativité, réadaptation et libération. On peut lire dans le document de travail de la Commission de réforme du droit du Canada :

> ... "Le divorce peut fournir une réponse valable aux conflits matrimoniaux. Il ne faut surtout pas assimiler le divorce à une notion préjudiciable du mariage, car beaucoup de divorcés réussissent leur deuxième mariage. Le divorce peut donc fournir l'occasion aux ex-époux et à leurs enfants de créer de nouveaux foyers ainsi que l'occasion de fonder une cellule familiale nouvelle et viable."[7]

En d'autres mots, non seulement le divorce était envisagé comme une solution possible à un mariage malheureux plutôt qu'un problème mais, en même temps, on pensait de plus en plus sérieusement que l'État ne devrait pas tenter de maintenir les mariages qui avaient échoué, ni placer des obstacles juridiques et administratifs en travers du chemin de ceux qui voulaient trouver une solution légale à leurs difficultés conjugales. Autrement dit, le divorce était moins à l'index qu'autrefois, et bien que le mariage conventionnel et la famille nucléaire soient demeurés en faveur auprès de la plupart des gens, il semblait y avoir en même temps une plus grande tolérance à l'égard des unités familiales et des modes de vie familiale différents.[8]

Enfin, nous avons également noté dans les diverses tentatives de réforme du droit de la famille l'apparition d'une vue beaucoup plus large et moins conventionnelle de ce qu'est la famille et de ce qu'englobe sa protection et son renforcement. Implicitement, et parfois explicitement, on a reconnu que lorsque des enfants sont en cause, la "rupture nette" prônée vers les années 1950 et 1960 était inappropriée; la dissolution d'un mariage ne devrait pas entraîner la dissolution de la famille étant donné que les personnes séparées ou divorcées doivent continuer à assumer leurs obligations parentales, essentielles au bien-être des enfants. Par la suite, des termes nouveaux tels que "famille binucléaire"

ont voulu rendre l'idée que le divorce ne met pas fin au rôle parental, mais qu'il le transforme, qu'il crée des structures et des relations familiales plus complexes et que des relations suivies entre personnes divorcées ne signifient pas nécessairement qu'elles se raccrochent à un mariage qui n'est plus.

Cependant, bien que les effets à long terme d'une rupture de mariage ne soient plus jugés nécessairement aussi désastreux qu'on l'avait cru jusque là, on a admis que ses effets à court terme sont souvent psychiquement et émotivement traumatisants pour ceux qu'ils concernent. On craignait également de plus en plus que le système judiciaire en place contribue peu à minimiser la peine et les souffrances. Comme l'a fait remarquer un commentateur, les litiges familiaux se distinguent des autres actions civiles en ce sens qu'ils comportent un élément émotif beaucoup plus fort et que la dissolution d'un mariage exige des procédures autres que celles qui "suffisent pour obtenir des dommages et intérêts en cas de violation de contrat commercial ou réparation en cas d'agression sur des personnes ou des biens".[9]

On admet donc que le système en vigueur présentait des difficultés d'ordre philosophique. Le principal problème identifié était le recours à un processus contradictoire pour régler les litiges familiaux. La Commission a dit une fois que ce processus était "une des plus grandes blessures que le Canada se soit infligées" et une arme qui ne devrait pas être mise entre les mains de conjoints en désaccord au sujet de leurs relations interpersonnelles.[10] Ainsi que la Commission l'a fait valoir, les procédures contradictoires ne conviennent pas; elles intensifient la peine et l'amertume, et elle entravent la possibilité d'un règlement à l'amiable. La Commission s'opposait cependant aussi au fait que la législation en vigueur tende à faire retomber les torts sur l'une des deux parties, ce qui,

selon elle, était rarement pertinent en cas de rupture puisque les motifs invoqués lors d'un divorce et les vraies raisons d'un divorce sont en général bien différents. Les gens sont souvent forcés d'inventer des motifs et cela ne fait qu'accentuer le conflit.

Sur un autre plan, la Commission s'est également intéressée au manque de ressources, de services et de procédures pour régler les problèmes sociaux et affectifs liés à une rupture conjugale. A cette époque-là, bon nombre de provinces étaient dotées de tribunaux familiaux qui offraient des services juridiques, des informations et du counseling. Mais étant donné que les actions en divorce étaient entendues en cour supérieure par des juges en général non spécialisés en droit de la famille, le divorce était presque purement et simplement un processus légal, sans services connexes.

C'est la raison pour laquelle la Commission a plaidé en faveur de la création de tribunaux de la famille à juridiction intégrale. Par juridiction intégrale ou regroupée, on entendait tout d'abord la création de tribunaux spécialisés où siégeaient des juges de la cour supérieure ayant juridiction pleine et entière sur les questions d'ordre familial. Ensuite, ces tribunaux devaient offrir un ensemble de services d'information et d'accueil, des services de consultation et de médiation, des conseils d'ordre juridique, des évaluations en matière de garde et l'exécution d'ordonnances d'entretien. On espérait que de tels services, en particulier ceux à but social, s'adjoindraient aux services judiciaires des tribunaux et que, grâce au recours au counseling et à la médiation, ils les aideraient à régler à l'amiable les litiges familiaux et, dans la mesure du possible, à soulager les tribunaux d'une partie de leur charge de travail touchant aux divorces.

La médiation en matière de divorce et le counseling en cas de séparation occupaient une place de choix dans cette refonte du droit de la famille et son application et ce, pour au moins deux raisons fondamentales. Tout d'abord ces services semblaient être le moyen le plus efficace pour éviter les effets supposément préjudiciables du système contradictoire traditionnel. En outre, la Commission a estimé que la prestation de tels services permettrait au droit de la famille d'atteindre son objectif général qui consistait à préserver la famille traditionnelle grâce au counseling en vue d'une réconciliation possible et, au moyen du counseling en cas de séparation, à améliorer les relations entre les membres de la famille après la rupture.

MÉDIATION EN MATIERE DE DIVORCE

Les services de médiation en matière de divorce ou, plus généralement, de counseling en vue d'une réconciliation possible ont été de plus en plus considérés comme le meilleur moyen pour épargner aux intéressés les contrariétés émotionnelles et les coûts du système contradictoire. Ils n'étaient pas une panacée à tous les problèmes d'ordre familial, mais ils constituaient au moins un moyen que beaucoup ont estimé devoir être mis à la disposition de tous les couples qui rompent et certains ont été jusqu'à dire que la médiation devrait être obligatoire lorsque les époux ne s'entendent pas sur la manière de mettre fin à leur union. En général, les partisans de cette méthode ont, au cours des années, fait valoir que les ententes obtenues par médiation sont plus durables et qu'elles protègent mieux les intérêts des enfants que celles imposées par les tribunaux par voie de procédure contradictoire. L'on soutient d'ailleurs que la médiation en matière de divorce permet aux gens de parvenir à des ententes supportables, ce qui leur évite de faire à nouveau appel aux tribunaux pour faire exécuter ou modifier les ententes relatives au droit de garde, au droit de visite et de sortie, et

aux allocations d'entretien. Comme mentionné dans le projet de discussion, la médiation en matière de divorce est apparue comme un moyen humain et économique permettant de régler les litiges matrimoniaux. Selon ses partisans, elle est plus humaine que les méthodes traditionnelles parce que :

a) elle aborde de façon plus thérapeutique les litiges familiaux et matrimoniaux;
b) elle atténue la peine et l'amertume liées aux ruptures, au lieu de les intensifier;
c) elle protège les intérêts des enfants;
d) elle donne lieu à des règlements plus amiables;
e) elle invite les ex-époux à accepter leur rôle et leurs responsabilités parentales et à les assumer de façon constante.

Les avantages financiers de la médiation sont les suivants :

a) elle réduit les frais de justice et le temps des tribunaux parce que les contestations sont moins nombreuses;
b) elle réduit les frais encourus par les clients par suite de longues négociations;
c) elle réduit les coûts qu'entraîne les nouvelles requêtes d'exécution du jugement ou de modification des ordonnances;
d) elle réduit l'inobservation des ordonnances d'entretien.

Les enfants, le divorce et le processus de séparation

Les mérites de la médiation, que nous venons d'exposer, restent à prouver et ils constituent bien entendu le thème majeur de la présente recherche. Cependant, les partisans de cette méthode ont pu, pour faire valoir leurs arguments et prouver la nécessité d'avoir recours à la médiation en matière de divorce, puiser dans les publications toujours plus nombreuses qui traitent du processus de séparation des couples, des suites du divorce et de leurs répercussions sur les membres de la famille, en particulier sur les enfants. Au Canada, jusque vers les années 1980, le droit de la famille faisait clairement une distinction entre les hommes et les femmes -- les pères et les

mères -- en ce qui a trait à l'aide financière et, en grande partie, à la garde des enfants. Alimentée en partie par la création de groupes de défense des droits des pères, la législation récente en matière de droit de la famille, tant aux États-Unis qu'au Canada, a été rédigée en utilisant le pronom neutre, ce qui a donné plus d'importance au régime de garde conjointe. Les partisans de la garde conjointe ont également pu s'inspirer du nombre croissant de recherches qui avancent que la garde conjointe constitue un moyen de minimiser les répercussions d'une rupture sur les enfants. Dans les paragraphes qui suivent, nous passons brièvement en revue certaines de ces publications, en particulier celles traitant de l'influence que peut avoir la médiation en matière de divorce sur la situation des gens, pendant et après l'échec de leur union.

Comme nous l'avons mentionné précédemment, on a pu relever au cours des dernières années une tendance à prêter un caractère romantique au divorce, à voir en lui un processus créatif, réadaptateur et libérateur, comme cela pourrait bien être souvent le cas. Cependant, il semble aussi que, indépendamment du résultat final, le processus menant au divorce perturbe certains membres de la famille, sinon tous. Le fait, par exemple, que pour la plupart des gens l'audience de leur cause ne traîne pas en longueur et ne soit pas chargée émotivement comme dans "Kramer contre Kramer", mais soit plutôt une simple formalité qui prend moins d'un quart d'heure, cache souvent la somme d'angoisses, d'hostilité et de négociations qui l'ont précédée. L'audience de leur cause n'est souvent que l'aboutissement d'un processus de rupture long et très éprouvant.

On peut donc se permettre de dire que presque tous les divorces comportent un certain degré d'anxiété, de peine et une période difficile d'adaptation. En fait, certains sociologues, tel Kubler-Ross, ont fait le parallèle entre les étapes du

divorce et celles de la mort : 1) le refus; 2) la colère; 3) le marchandage; 4) la dépression, et 5) l'acceptation.[11] En termes sociologiques, le divorce, tout comme la transition entre "le malade qui va se rétablir" et "le malade qui ne s'en remettra pas", est un changement de statut ou de rôle dont on peut deviner le déroulement. Anne-Marie Ambert le décrit en ces termes : "Le divorce est un processus normal comportant une tâche spécifique à accomplir, une anxiété évidente qu'il faut surmonter, une satisfaction et des buts à rechercher."[12] Nul doute que jusqu'à un certain point, Anne-Marie Ambert ait raison : ce que la plupart des gens font et ne font pas en cours de rupture de leur union est sans originalité et assez prévisible, mais cette rupture et la dissolution de la famille, du point de vue des personnes concernées, ne semblent sans doute jamais normales ni être un événement ordinaire. Par exemple, il semble qu'une fois prise la décision de mettre un terme à son mariage, peu importe qui en a eu l'initiative, la vie des deux époux est perturbée et tous deux risquent de passer par une gamme d'émotions entrant en conflit les unes avec les autres et qui vont du sentiment de rejet, de colère et d'amertume jusqu'à un sentiment ambivalent de soulagement de voir qu'une relation désagréable, voire même intolérable, prend fin.[13]

Spanier et Casto laissent entendre que les couples qui divorcent ou se séparent ont deux adaptations à faire, adaptations distinctes mais qui se recoupent. La première consiste à s'adapter à la dissolution du mariage. Cela touche aux aspects pratiques du processus judiciaire et consiste, pour les personnes séparées ou divorcées, à informer leurs connaissances de ces changements et, en deuxième lieu, à faire face à leur nouvelle situation.[14] En outre, les gens doivent s'habituer à un nouveau mode de vie. Les femmes qui semblaient n'avoir d'autre rôle dans la vie que d'élever leurs enfants peuvent se trouver aux prises avec une situation qu'elles

n'avaient jamais encore vécue, celle qui consiste à subvenir aux besoins de leur famille et à se montrer économiquement indépendantes. D'autres peuvent connaître les affres du retour aux études, étape que la plupart des adultes trouvent assez difficile à franchir, quelle que soit leur situation matrimoniale. Le père et la mère peuvent également se mettre en quête d'un nouveau conjoint et subir, parfois avec maladresse, malaise et gêne, la résurgence ou le développement d'aspects de leur personnalité qu'ils pensaient enfouis à jamais en eux. De plus, comme le note Robert Weiss, cette première année est une période d'intense ambivalence. "Les conjoints qui ont pris en commun la décision de se séparer peuvent passer du stade de profonde dépression, assortie d'une moins bonne opinion d'eux-mêmes, à une période d'euphorie accompagnée d'un regain de confiance en eux, et à chaque étape, ils pensent que le stade précédent n'était qu'un état d'esprit passager."[15]

Les probabilités sont grandes pour que les conflits qui ont mené les époux au divorce subsistent entre les ex-conjoints. Après avoir passé en revue le nombre considérable d'études sur les familles de divorcés, Kenneth Kressel conclut que "l'année qui suit le divorce est vraiment très pénible pour presque tous les couples."[16] Il est aussi en mesure de prouver que des conflits intenses persistent bien longtemps par la suite. L'inobservation des ordonnances d'entretien est un indice tangible de conflit, mais les disputes au sujet du rôle parental et du droit de visite et de sortie semblent être le lot d'un nombre encore plus grand de divorcés. Ainsi, même les études centrées sur les couples entrant peu en conflit révèlent que 20 à 40 p. 100 des couples divorcés ne sont pas satisfaits des modalités du droit de visite et de sortie et des communications relatives au rôle parental, et qu'ils sont parfois sérieusement en conflit. Selon M. Kressel, entre 20 à 50 p. 100 des couples

divorcés n'ont pas pu établir des relations satisfaisantes après leur divorce. Sa conclusion est la suivante :

> ... un fait fondamental ressort clairement de la quasi-unanimité des études consultées, qui se fondent cependant sur des échantillonnages, méthodes et centres d'intérêt très hétérogènes : pour un grand nombre de personnes divorcées, le processus de séparation et les négociations associées en vue du règlement ne parviennent pas à établir des ententes solides et mutuellement acceptables. Ils ne parviennent pas non plus à créer un meilleur climat de coopération et de confiance, en particulier à ce qui a trait au rôle parental partagé.[17]

La question consiste à savoir si des méthodes différentes pour se séparer et parvenir à un règlement comme la médiation peuvent, en général, atténuer le degré de conflit au sein des familles de divorcés. Ce sujet est de la plus haute importance étant donné que, quel que soit le degré d'anxiété et de désarroi des adultes, les victimes de ces conflits sont les enfants des parents divorcés ou séparés. Quels que soient les autres avantages que la médiation en matière de divorce est censée offrir (allégement de la somme de travail pour les tribunaux, coûts moindres pour les clients et pour l'État, etc.), les initiatives en matière de politique visant à inciter le recours à ce moyen seraient justifiées si, grâce à la médiation, les enfants avaient une plus grande probabilité de "se remettre de la rupture". Dans le cadre de l'analyse finale, le divorce devient un problème social qui exige une certaine intervention de l'État lorsque des enfants sont en cause et, en fait, toute la recherche sur la question du divorce a porté presque exclusivement sur les ruptures entre personnes ayant des enfants à charge. Dans les paragraphes qui suivent, nous passons brièvement en revue ce que nous savons -- et ce que nous ignorons -- au sujet des enfants du divorce.

Portée du problème

Le taux de divorce demeure élevé dans la plupart des sociétés occidentales, ce qui signifie qu'un nombre croissant d'enfants auront à traverser la période de divorce ou de séparation de leurs parents. Le taux de divorce au Canada (et aux États-Unis) s'est stabilisé et a même diminué, du moins temporairement, mais on compte environ 70 000 divorces par année. Environ la moitié (48 p. 100) de ces divorces mettent en cause des enfants à charge, ce qui signifie que, tous les ans, environ 55 000 enfants sont directement affectés par le divorce de leurs parents.[18] Il faut ajouter à ces chiffres le nombre de séparations et d'abandons de domicile qui relèvent de la juridiction provinciale et qui, en conséquence, n'entrent pas dans les statistiques fédérales sur les divorces. Selon MM. McVey et Robinson, le fait de ne se fier qu'aux statistiques sur le divorce peut donner lieu à une grave sous-estimation du taux réel de dissolution des mariages dans la société canadienne. Ils estiment le taux réel des divorces presque au double de celui indiqué par les statistiques. Il est probable que le nombre d'enfants touchés chaque année au Canada par les ruptures de mariage est beaucoup plus proche de 100 000.[19]

Il faut bien admettre que ce chiffre est faible, par rapport aux États-Unis où on estime à deux millions le nombre d'enfants qui, chaque année, passent par l'expérience du divorce de leurs parents. Les études nationales sur le déroulement de la vie des enfants permettent de penser que d'un tiers à deux cinquièmes des enfants américains passeront au moins une partie de leur vie sans vivre continuellement avec leur père et leur mère.[20] Un démographe américain, M. Glick, estime ce chiffre approchera en 1990 les 50 p. 100.[21] Les enfants ont bien entendu toujours risqué de voir leur famille se scinder et de passer une partie de leur vie dans une famille monoparentale. En fait, les démographes nous

disent que le taux de dissolution des mariages n'a pas beaucoup changé au cours de ce siècle et que seules les causes ont changé : ce que le décès d'un des parents entraînait au cours des décennies précédentes est maintenant causé par la rupture de l'union de leurs parents. En même temps, la mort et le divorce, bien qu'ils entraînent une modification semblable de la structure familiale, ne sont pas vus de la même façon par les enfants et n'ont pas les mêmes sortes de conséquences. La perte d'un parent qui décède est évidemment éprouvante, mais c'est un événement contre lequel nul ne peut rien.

Problèmes de l'étude des enfants de parents divorcés

Les jeunes enfants, plus que n'importe qui d'autre, vivent dans la cellule familiale. Nous pressentons donc que des modifications du mode familial ou de sa structure puissent avoir des répercussions importantes sur eux. Il est évident que la rupture d'un mariage est le début d'un processus de restructuration majeure de la famille et qu'elle mène à un étonnant éventail de choix. Il y a, en tout premier lieu, la transition entre la vie dans une famille unie, avec deux parents, et la vie avec un seul parent, accompagnée bien souvent d'une forte baisse du niveau de vie. Certains enfants ressentent aussi un sentiment d'abandon lorsqu'un de leurs parents -- habituellement le père -- n'est plus là. D'autres doivent apprendre à supporter la tension et le malaise que cause le fait d'avoir un père seulement en fin de semaine. Un petit nombre d'entre eux vivent l'expérience -- peu connue jusqu'ici -- de changer alternativement de foyer et d'avoir à s'adapter à deux modes de vie divergents, à cause du régime de garde physique partagée. Pour bon nombre d'enfants, il y a de fortes probabilités pour qu'ils aient un ou plusieurs parents adoptifs, par suite du divorce de leurs parents et de leur remariage.

En raison de la complexité des problèmes auxquels les enfants du divorce doivent faire face, il est compréhensible que les chercheurs aient déployé des efforts considérables pour évaluer les répercussions qu'ont, sur les enfants, le divorce et la séparation de leurs parents.[22] Malgré que l'on pressente intuitivement que la rupture entre parents puisse avoir sur les enfants des conséquences énormes et facilement observables, il est en fait très difficile de tirer des conclusions générales sur les suites de la séparation et du divorce. Ceux qui ont entrepris des recherches dans ce domaine n'ont pas pu conclure avec certitude que les enfants souffrent, à court ou à long terme, d'effets nuisibles mesurables directement imputables au processus de divorce ou au fait qu'ils vivent ensuite dans une famille monoparentale.

Après avoir passé en revue la documentation relative aux conséquences du divorce, Anne-Marie Ambert, sociologue à l'Université York, conclut qu'il y a en fait deux domaines principaux d'étude sur le divorce : un domaine sociologique et un domaine psychiatrique. Elle laisse entendre que les résultats des recherches sociologiques sont en général plus encourageants et moins démoralisants que ceux tirés de recherches cliniques. Cette différence tient au fait que, par définition, les personnes qui consultent des cliniciens ont des problèmes d'une sorte ou d'une autre. Par contraste, les sociologues ont en général effectué des études sur une tranche plus représentative des familles où les parents se sont séparés ou ont divorcé. Citons à cet égard l'étude longitudinale très souvent mentionnée, effectuée par Judith Wallerstein et Joan Kelly (Surviving the Break-up). Bien que cette étude soit très importante, nous ne pouvons pas être sûrs que ce que les auteures ont découvert est valable pour tous les divorces, parce qu'elles ont obtenu la coopération de répondants en leur promettant des services de counseling étalés sur une période de cinq ans. Il est donc probable que les

parents et les enfants ayant fait l'objet de leur étude tendent à rejoindre la population divorcée la plus éprouvée.[23]

Quelle que soit la source de la recherche, lorsqu'il s'agit de déterminer les effets du divorce sur les enfants, la principale difficulté consiste à faire la part entre ce qui est un effet du divorce même et ce qui résulte d'autres facteurs. En particulier, nous pouvons nous attendre généralement à ce que, avant la séparation effective, une forte discorde ait régné entre les époux. Bien qu'il semble que les enfants ne s'en rendent pas toujours compte ou qu'ils ne soient pas conscients de l'ampleur du conflit entre leurs parents, il n'en demeure pas moins que l'on ignore si le facteur crucial est le fait qu'ils ont vécu dans un foyer désuni ou si la rupture du mariage de leurs parents en est la cause.

Après avoir étudié la documentation publiée sur le sujet, Ann Goetting conclut que la discorde familiale a sur les enfants des effets néfastes plus importants que le changement de structure conjugale.[24] Elle cite plusieurs études qui révèlent que pour un enfant la situation la plus préjudiciable est celle qui consiste à vivre dans un foyer intact, mais où les parents ne s'entendent pas. D'après la plupart des échelles de mesure, les enfants de parents divorcés se situent entre ceux vivant dans un foyer intact et uni et ceux vivant dans un foyer où le père et la mère ne s'entendent pas. Cela laisse supposer que le divorce peut, globalement, avoir des effets positifs et non pas négatifs.

L'état psychologique des parents en instance de divorce constitue un autre facteur qui entrave la compréhension des répercussions du divorce. Dans ses études récentes, Joan Kelly a découvert que, d'après diverses échelles, les couples divorcés se situent à mi-chemin entre une population normale et une

population de personnes qui ont été soignées dans un hôpital psychiatrique.[25] Les mesures de suivi, prises deux ans plus tard, révèlent qu'il y a en moyenne un retour à la normale. Reste à savoir, bien entendu, quelle est la cause et quel est l'effet. Est-ce que passer par un divorce rend les gens plus fragiles psychiquement ou est-ce que les gens relativement fragiles psychiquement ont plus de risques de divorcer? Quelle que soit la réponse, il est clair que les enfants doivent pendant un certain temps, non seulement s'adapter à une structure familiale modifiée, mais aussi être élevés par des gens susceptibles d'avoir des troubles psychiques. Nous ne pouvons donc pas conclure que le divorce des parents est en lui-même un élément jouant un rôle crucial dans la vie des enfants.

Il y a également une tendance à exagérer l'importance de la cellule familiale intacte et à supposer que toute perturbation de ce mode de vie nuira aux enfants. Cette tendance est particulièrement évidente dans la somme importante de recherches qui se sont penchées sur les répercussions qu'a, sur les enfants, l'absence de père. Cet intérêt est compréhensible du fait que dans la majorité des divorces et des séparations, les enfants vivent avec leur mère et que bien souvent ils ne voient leur père que rarement. Par exemple, une étude effectuée aux États-Unis révèle qu'une grande partie des enfants du divorce n'ont eu aucun contact avec leur père au cours de l'année précédente. Seul un enfant sur six (16 p. 100) avait vu son père une fois par semaine. Une tranche de 17 p. 100 ont vu leur père au moins une fois par mois et 15 p. 100 l'ont vu au moins une fois par an. Les 52 p. 100 restants n'ont eu aucun contact avec leur père au cours de l'année précédente et, parmi eux, 36 p. 100 (de l'échantillonnage total) n'ont eu aucun contact avec leur père au cours des cinq dernières années.[26]

Tout comme dans les autres recherches en ce domaine, les résultats des recherches portant sur l'absence du père ne permettent pas de tirer de conclusions. Certaines études ont révélé que l'absence de père au foyer avait des effets néfastes sur les enfants, mais beaucoup d'autres n'en ont font pas état et certaines ont même signalé des effets favorables. Il est cependant apparent que l'absence de père est associée à la pauvreté et que la pauvreté elle-même est liée à divers problèmes psychologiques et de comportement.

Mis à part le facteur de pauvreté, nous ne devrions peut-être pas trop nous étonner que l'absence de père n'ait pas en soi une importance très marquée. La présente étude suppose, fondamentalement, que dans toutes les familles intactes, les pères participent activement à l'éducation des enfants et jouent un rôle important dans leur vie. Ce n'est peut-être pas toujours le cas, du moins dans certaines familles. Par exemple, Christopher Lasch prétend que la famille moderne, bien que patriarcale, est à toutes fins pratiques sans père. Il laisse entendre que le père "moyen" est en fait un "visiteur du soir fatigué", observation corroborée par une étude qui révèle que les pères ne consacrent que 12 minutes par jour à leurs enfants.[27] Le temps passé avec les enfants n'est peut-être pas le facteur primordial et il se peut que le père ait une extrême importance pour les enfants, même s'il ne participe pas activement au rôle parental. Mais ce genre d'observation indique que nous ne devrions pas nous illusionner sur la qualité de vie dont bénéficient les enfants qui vivent dans des familles intactes, ni supposer que la dissolution de certains types de familles est forcément une mauvaise chose pour les enfants. En fait, comme certaines études l'indiquent, le père, s'il reste en contact avec ses enfants par la force des choses, s'attache davantage à son rôle parental une fois qu'il est séparé de sa femme.[28]

Expériences vécues par les enfants par suite de la séparation de leurs parents

Le fait que l'étude des conséquences du divorce et de l'absence de père ne soit pas concluante ne signifie pas pour autant que les enfants ne sont pas touchés effectivement par la rupture du mariage de leurs parents. En fait, au fur et à mesure que le nombre d'études fondées sur les récits des enfants augmente, nous découvrons que les parents ignorent ou sous-estiment beaucoup les difficultés que leurs enfants ont pendant cette période, ainsi que les sentiments de colère, d'amertume, de désarroi et de culpabilité qu'elle suscite en eux. La plupart de ces sentiments -- en particulier la culpabilité -- peuvent paraître inexplicables aux adultes. Par exemple, une psychologue a récemment rapporté le fait qu'un enfant de cinq ans à qui elle avait donné une consultation se croyait responsable de la séparation de ses parents parce qu'il avait refusé de manger son spaghetti. Il se reprochait le fait que son père ne vive plus avec lui.[29]

Les études, fondées uniquement sur les récits d'enfants durant la période de rupture de leurs parents, nous fournissent des informations assez cohérentes. Une étude britannique, effectuée par Ann Mitchell, révèle le désarroi, la surprise et l'incrédulité que les enfants ressentent lorsque leurs parents se séparent. Bien que bon nombre d'entre eux aient eu conscience que leurs parents se disputaient et qu'ils aient été témoins d'actes violents, la plupart ont eu l'impression que leur vie de famille était fondamentalement agréable. Ils n'ont pas pensé que ces conflits suffisaient pour que leurs parents se séparent.[30]

L'étude, par Judith Wallerstein et Joan Kelly, d'enfants âgés de six à douze ans corrobore ces assertions :

> Malgré que la plupart de ces enfants aient eu souvent parfaitement connaissance des motifs sérieux ayant mené leurs parents à la décision de divorcer, ne serait-ce que par les nombreuses scènes violentes dont ils avaient été témoins, ils étaient initialement incapables de trouver une justification à cette décision.[31]

Les auteures font état du fait que même si des enfants avaient vu leur père torturer leur mère en la plaquant au sol et en lui mettant des épingles à cheveux dans le nez, ils étaient au départ opposés à la décision de divorcer qu'avait prise leur mère.

Une récente étude effectuée en Grande-Bretagne et, pourrait-on dire, unique en son genre, mène à des résultats semblables. Les chercheurs ont passé des annonces pour recruter des personnes qui étaient âgées de moins de 18 ans quand leurs parents se sont séparés. Celles qui se sont présentées, bénévolement, étaient âgées de 6 à 57 ans, au moment de l'enquête. Là encore, les comptes rendus de mémoire indiquent que bon nombre d'enfants n'avaient pas cru que leurs parents pouvaient se séparer et ont espéré qu'ils se réconcilieraient. Peu nombreux sont ceux qui ont pensé que le degré de mésentente entre eux justifiait la dissolution du mariage.[32]

La plupart des études portant sur les enfants de parents divorcés n'ont permis de prendre qu'une seule mesure et il a fallu principalement compter sur le souvenir que les parents et les enfants avaient de leurs impressions au moment de la séparation. Peu d'études longitudinales ont été conçues pour suivre les enfants pendant plusieurs années, à partir du moment de la séparation. L'exception la plus célèbre est l'étude, largement citée et peut-être trop influente, qui a été effectuée par Judith Wallerstein et Joan Kelly, intitulée <u>Surviving the Breakup</u>. Les auteures ont étudié la séparation de soixante familles californiennes (avec 131 enfants) et elles les ont suivies pendant cinq ans. En outre, pour faire suite à cette

étude, Judith Wallerstein effectue actuellement un suivi de ces familles sur une période de dix ans.

Surviving the Breakup est une étude poussée et complexe qu'il est difficile de résumer en quelques mots. De manière générale, elle démontre que pour tous les enfants, le divorce de leurs parents a été une expérience très angoissante et perturbante et que les effets du divorce se font encore sentir chez eux longtemps après cet événement. Au moment de la séparation, l'éclatement de la famille a suscité chez ces enfants "un choc, les craintes et un chagrin intenses". Toutes ces familles vivaient dans le Marin County, en Californie, région notoire pour son taux élevé d'instabilité des mariages, mais le fait que les séparations y soient communes n'a pas atténué le désarroi des enfants ni leurs craintes au sujet de ce que l'avenir leur réservait. La gravité des conflits entre leurs parents, avant qu'ils prennent la décision de se séparer, n'a pas semblé non plus avoir de l'importance.

Les résultats de cette étude brossent un tableau plutôt sombre des effets du divorce sur les enfants. Cependant, nous devrions faire preuve de prudence avant de généraliser et d'affirmer que ces résultats sont valables pour tous les enfants de parents divorcés. Comme nous l'avons mentionné précédemment, les répondants sur lesquels portait cette étude avaient semblé avoir besoin d'orientation et venaient de familles peut-être plus affectées que celles appartenant à la population normale des familles de parents ayant divorcé. En outre, les enfants ont été interrogés très fréquemment et ils ont bénéficié de services d'orientation. Il se pourrait que n'importe quel groupe d'enfants soumis par des conseillers compétents à une enquête aussi approfondie finissent par présenter un grand nombre de symptômes identiques. Les auteures reconnaissent que cinq ans après le début du suivi, beaucoup de facteurs autres que le

divorce de leurs parents avaient influé sur ces enfants. Pour finir, disons que les enfants ayant fait l'objet de l'étude n'ont pas été comparés à un groupe d'enfants appartenant à des familles intactes.

Il convient également de noter que les auteures signalent qu'avec le temps, les réactions "turbulentes" que ces enfants malheureux avaient eues au moment de la séparation avaient en grande partie disparu, même si une certaine colère et une certaine hostilité subsistaient encore en eux. Lorsqu'on interprète ces résultats, on peut se demander si "le verre est à moitié plein ou à moitié vide" : un tiers des enfants présentaient encore des signes de dépression et de colère, mais il n'en était rien pour les deux autres tiers. Les auteures n'ont pas pu non plus prouver que le divorce avait d'autres effets. Par exemple, les résultats scolaires des enfants n'ont pas semblé affectés par la rupture de leurs parents.

Malgré ces réserves, Surviving the Breakup est une étude importante. Sa grande valeur ne réside pas dans le fait qu'elle prouve que les enfants sont perturbés et malheureux lorsque leurs parents se séparent -- nous n'en avons jamais douté -- mais plutôt dans le fait qu'elle a su identifier ce qui aide les enfants à s'adapter à leur nouvelle situation et ce qui les entrave. Deux facteurs clés ressortent de leur recherche : 1) un droit de visite et de sortie libéral et des relations constantes avec le parent qui n'a pas la garde, et 2) après le divorce, une relation entre le père et la mère aussi dénuée de conflits que possible. Comme on peut s'y attendre, ces deux résultats ont été largement exploités par ceux qui sont en faveur du régime de garde conjointe, du rôle parental partagé, et qui sont convaincus de la nécessité de recourir à des services de counseling et de médiation en matière de divorce.

Aux États-Unis, l'étude de Mavis Hetherington et de ses collègues, à l'Université de Virginie, -- étude souvent citée, elle aussi -- apporte des conclusions similaires. Ces chercheurs ont effectué une étude longitudinale de deux ans qui portait sur 96 enfants d'âge préscolaire dont la moitié venaient de familles de parents divorcés. Ils se sont principalement intéressés aux effets de la perturbation et de la désorganisation qui ont marqué la vie de leurs parents, et de leurs répercussions sur le comportement des enfants, sur leur développement et sur leurs relations avec leurs parents. Un an après le divorce, il a été possible de constater que :

> Les enfants dont les parents avaient divorcé étaient plus dépendants, désobéissants, agressifs, geignards, exigeants et ingrats que les enfants venant de familles intactes.[33]

Ainsi qu'il ressort de l'étude de Wallerstein et de Kelly, le soutien et l'encouragement que les parents se sont prodigués ont permis aux enfants de s'adapter plus rapidement à la situation. Cette étude fait également ressortir le fait que les jeunes enfants s'adaptent mieux que les autres lorsque leur parent gardien peut établir ou rétablir des habitudes domestiques rangées et réconfortantes. Cependant, comme en concluent les auteures, il est impossible d'éviter complètement les problèmes découlant du divorce et de la séparation : il y a invariablement des perturbations et une certaine désorganisation. La plupart des gens commencent à faire face à bon nombre de leurs problèmes, mais cette période d'adaptation est plus pénible et plus difficile que prévu. Les auteures indiquent que cela souligne le besoin de systèmes d'aide et de services de counseling postérieurs au divorce plus nombreux, si nous voulons atténuer ou annihiler les pires effets du divorce.

En résumé, le consensus qui ressort de cette étude est qu'au moment de la rupture, et pendant une très longue période, la

plupart des personnes qui divorcent ou qui se séparent -- et non pas simplement celles qui se disputent au sujet du droit de garde et de visite et de sortie -- ont besoin de soutien et d'aide. Ces personnes semblent avoir besoin d'aide pour s'adapter à leur nouvelle situation, mais il est peut-être encore plus important qu'elles soient épaulées pour aider leurs enfants à s'adapter aux énormes changements qu'entraîne la rupture de l'union de leurs parents. Qui plus est, cette étude fait valoir que les enfants s'en tirent mieux quand les conflits sont réduits au minimum et qu'ils ne perdent pas le contact avec un de leurs parents. Cette étude étaye donc tant la thèse en faveur de la médiation en matière de divorce, avec les promesses de règlements à l'amiable qu'elle renferme, que celle en faveur du régime de garde conjointe qui amène les parents à participer tous deux au rôle parental. Parmi les partisans de la médiation en matière de divorce, ces idées pleines de sagesse sont consacrées.

Par ailleurs, une des conséquences de la croissance impressionnante du nombre de recherches effectuées par des féministes a été de remettre en question l'opinion assez optimiste selon laquelle, en mettant un terme au processus contradictoire et en incitant à de meilleures ententes parentales, il est possible d'éviter la plupart des conséquences désastreuses d'un divorce ou d'une séparation. Les féministes se sont penchées de plus près sur la médiation en matière de divorce, le divorce non fondé sur la faute, la garde conjointe, la rédaction des lois en usant des pronoms à valeur neutre de manière à faire disparaître les idées préconçues sur le sexe, sur le rôle parental et l'aide financière pour finalement faire remplacer l'ancienne image -- parfois caricaturale -- du divorce par une vue plus sombre de ses avantages relatifs pour les hommes, mais de ses conséquences terribles pour les femmes et leurs enfants. Au moment où ce projet a été conçu, les questions relatives à l'efficacité et aux conséquences latentes de la

médiation, plus particulièrement en ce qui a trait aux conséquences économiques d'un divorce et ce que signifie en pratique la garde conjointe pour la plupart des femmes, ont pris beaucoup d'importance et ont fait l'objet de recherches plus approfondies. Dans les deux sections qui suivent, nous résumons ce que nous pensons être les sujets d'actualité touchant à la réforme du droit familial et, par ricochet, à la médiation en matière de divorce. Ces sujets forment essentiellement ce que nous avons appelé dans cette étude des questions d'évaluation des répercussions sociales.

SUJETS D'ACTUALITÉ

Conséquences économiques

Les services de médiation en matière de divorce et ceux de counseling en cas de séparation s'intéressent en grande partie aux questions socio-affectives, mais on retrouve en filigrane le fait que les tensions et les problèmes qu'occasionne un divorce tiennent aux conséquences économiques qui s'ensuivent. Au Canada, à l'exception de Montréal, la plupart des médiateurs ont renoncé à s'occuper des questions financières et du partage des biens, mais il est cependant évident que, après le divorce, la qualité des relations entre ex-époux doit beaucoup à la manière dont les questions économiques ont été réglées. Il faut d'ailleurs bien admettre que la question des allocations d'entretien donne beaucoup plus souvent lieu à des litiges que celle de la garde des enfants ou du droit de visite et de sortie. Dans les paragraphes qui suivent, nous nous penchons sur certains aspects des conséquences économiques du divorce et de la séparation.

Les recherches menées sur les conséquences sociales et affectives qu'entraînent le divorce et la séparation sur les

enfants et les adultes ont été en grande partie contradictoires et non concluantes. Il existe par contre un ensemble d'indices concordants et concluants pour ce qui est des conséquences économiques de la rupture du mariage. Il semble inévitable que le niveau de vie de tous les membres d'une famille baissera après le divorce lorsque deux ménages doivent vivre avec un même revenu. Mais en réalité, cette situation se produit rarement, le fardeau économique de la rupture du mariage n'étant pas porté également par les hommes et les femmes. La preuve la plus accablante de cet état de choses ressort de l'étude menée aux États-Unis par Lenore Weitzman dans laquelle elle constate que lorsque le revenu est comparé aux <u>besoins</u>, les hommes divorcées voient leur niveau de vie <u>augmenter</u> en moyenne de 42 p. 100 au cours de la première année qui suit le divorce, alors que les femmes divorcées (et leurs enfants) voient leur niveau de vie baisser de 73 p. 100. Comme elle le fait remarquer :

> Ces statistiques apparemment simples ont des conséquences sociales et économiques incalculables. Pour la plupart des femmes et des enfants, le divorce entraîne une baisse subite de leur niveau tant économique que social. La baisse de revenu les oblige à déménager dans des logements de qualité inférieure, réduit radicalement et élimine totalement les fonds consacrés aux activités récréatives et aux loisirs, et les soumet à des pressions intenses dues au manque de temps et d'argent. A leur tour, les difficultés financières provoquent la dislocation sociale et détruisent les réseaux qui avaient l'habitude de fournir l'appui affectif et les services sociaux, et intensifient le stress psychologique que subissent les femmes et les enfants. Du point de vue social, le divorce entraîne une augmentation de la pauvreté des femmes et des enfants. Il provoque également un écart sans cesse croissant entre, d'une part, la situation économique des hommes divorcés et, d'autre part, celle de leurs enfants et de leurs ex-épouses, d'autre part.[34]

A notre connaissance, le Canada ne dispose pas de statistiques aussi frappantes que les États-Unis. Cependant, il est évident que le type d'appauvrissement que décrit Weitzman est

également le lot des Canadiennes qui ont des enfants et qui sont séparées ou divorcées. Par exemple, comme le note le groupe de travail qui s'est penché sur la question de la garde des enfants, environ 49 p. 100 des femmes restées seules avec leurs enfants disposaient en 1983 d'un revenu se situant au-dessous du seuil de pauvreté, et tel était également le cas pour 21 p. 100 des pères restés seuls avec leurs enfants. Le résultat net est que le nombre d'enfants vivant dans un état de pauvreté a augmenté de 26 p. 100 en trois ans seulement.[35]

Il est probable que certaines de ces familles étaient déjà pauvres ou proches du seuil de pauvreté avant la séparation ou le divorce. Dans certaines régions du Canada, c'est probablement souvent le cas : les pères ne gagnent tout simplement pas assez d'argent pour faire vivre convenablement une famille, encore bien moins deux. Cela n'est cependant pas, en général, soutenu par la recherche sur les mesures alimentaires en faveur des enfants. Les études, tant au Canada qu'aux États-Unis, aboutissent à la même conclusion : 80 p. 100 des pères divorcés pourraient verser des allocations d'entretien pour leurs enfants et vivre encore à l'aise.

Cela devient même encore plus évident lorsqu'on calcule l'allocation d'entretien en termes de pourcentage du revenu du mari. Weitzman constate qu'en Californie, les maris qui ont un revenu inférieur à 10 000 $ consacrent 37 p. 100 de leur revenu net au paiement des allocations d'entretien pour les enfants. Par contre, ce pourcentage tombe à 19 p. 100 dans le cas des hommes qui ont un revenu supérieur à 50 000 $. A l'exception de ceux dont les revenus sont les plus faibles, on ordonne rarement aux hommes de verser plus du tiers de leur revenu net. Par conséquent, les mères et les enfants qui sont habitués à un niveau de vie élevé peuvent être obligés de vivre, sinon dans la

pauvreté absolue, du moins dans une situation de pauvreté relative.

Somme toute, le niveau de vie des hommes ne baisse pas démesurément du fait des montants des allocations d'entretien qu'ils sont généralement tenus de verser. On peut présumer que cela devient encore plus vrai avec le temps. Il semble que les ordonnances d'allocation d'entretien ne comportent que rarement une "clause d'indexation" permettant de neutraliser les effets de l'inflation. Il s'ensuit donc qu'au fur et à mesure que le revenu des hommes augmente par suite de promotions et d'indemnités de vie chère, l'allocation d'entretien représente une proportion sans cesse décroissante de leur revenu net. Encore plus injuste est le fait qu'au Canada, les prestations d'allocation d'entretien sont normalement déductibles aux fins de l'impôt sur le revenu; il en résulte que les hommes qui touchent des revenus se situant sur les paliers d'imposition plus élevés ne versent en réalité qu'entre 60 à 70 p. 100 du montant accordé. Pour les femmes, par contre, l'allocation d'entretien est considérée comme revenu imposable aux fins de l'impôt sur le revenu.

Quoi qu'il en soit, le montant de l'allocation d'entretien n'a souvent aucune importance parce que dans beaucoup de cas, les pères ne les versent pas. Par exemple, Weitzman rapporte qu'aux États-Unis, aucune étude n'a trouvé un État ou un comté où la moitié des pères respectent les ordonnances judiciaires. La situation ne semble pas être meilleure au Canada. Une étude réalisée en Alberta a montré que pratiquement 80 p. 100 des hommes ne se conforment pas aux ordonnances d'allocation d'entretien après cinq ans.[36] La plupart des études tendent à montrer qu'avec le temps se crée petit à petit une situation de désengagement dans laquelle de plus en plus d'hommes omettent de verser les prestations ou ne le font que de façon irrégulière.

Ne pas exécuter une ordonnance d'allocation d'entretien est un délit passible d'amende voire même de prison. En fait, peu d'hommes sont incarcérés pour ne pas avoir respecté cette obligation et lorsqu'ils sont sommés de comparaître devant les tribunaux, on leur fait souvent grâce des arriérés ou on leur permet d'étaler leur paiement sur une longue période.[37] Il est également intéressant de noter qu'il semble y avoir peu de rapport entre le niveau de revenu des pères et le respect de leurs obligations. Une étude effectuée en Alberta révèle qu'il n'y a pas non plus de rapport entre la fréquence avec laquelle le droit de visite et de sortie est exercé et le respect des obligations financières. Les hommes qui voient leurs enfants régulièrement sont aussi susceptibles de ne pas respecter leurs obligations financières que ceux qui ont peu ou pas de contacts avec eux.

En résumé, bien qu'une grande partie de la législation en matière de droit de la famille soit maintenant rédigée d'une manière plus neutre et en partant du principe qu'il y a égalité des sexes, de tels changements se fondent, comme le dit L. Weitzman, sur une "illusion d'égalité", en d'autres mots sur l'hypothèse que les hommes et les femmes sont égaux devant le divorce. La réalité est, bien entendu, qu'il subsiste des inégalités entre les sexes dans le milieu du travail, et entre les hommes et les femmes dans une famille nucléaire. Une des conséquences involontaires de cette réforme est donc de condamner beaucoup de femmes séparées ou divorcées -- et leurs enfants -- à une pauvreté absolue ou relative.

Il est clair que la médiation en matière de divorce ne peut pas modifier les égalités entre personnes de différentes classes sociales et de différent sexe qui caractérisent les sociétés nord-américaines. Elle ne peut pas non plus contrebalancer le

fait que la dissolution d'une union entraîne pour tous les membres de la famille un niveau de vie inférieur, même si le montant de l'allocation d'entretien est équitable. Mais, à la base de ce raisonnement demeure le fait qu'en essayant d'aider les gens à arriver à un règlement à l'amiable et à admettre qu'ils ont un rôle permanent à jouer en tant que parent ainsi que des responsabilités affectives et économiques à l'égard de leurs enfants, il est au moins peut-être possible d'obtenir de meilleures compensations et un plus grand respect des obligations en cette matière.

Les féministes se sont pourtant demandé si les femmes (et leurs enfants) ne se tireraient pas mieux d'affaire, économiquement, si elles étaient représentées par un avocat talentueux. Elles se sont posées cette question parce que les femmes sont en général défavorisées lorsqu'elles entament une médiation du fait qu'elles manquent d'expérience en matière de questions financières et de négociation, et qu'elles finissent par accepter des règlements moins avantageux que si elles avaient eu recours au processus contradictoire traditionnel. Bien que ce souci ait semblé justifié au moment où cette recherche a été entreprise, aucune preuve empirique ne nous a permis d'étayer ou de rejeter ces soi-disant conséquences involontaires de la médiation en matière de divorce. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'autre préoccupation importante est l'évolution des tendances en matière d'attribution du droit de garde et leurs conséquences pour les femmes.

Garde des enfants et rôle parental

Alors que les règles relatives au partage des biens paraissent maintenant suffisamment bien établies, il n'en va pas de même pour le "partage des enfants" et pour la question de savoir comment ils doivent être entretenus une fois la décision

prise. Il ne revient pas au présent rapport d'exposer l'évolution des présomptions et de la législation en matière de garde.[38] Il semble cependant qu'au cours des cent dernières années, les règles régissant la garde n'ont cessé de changer. Du milieu du dix-neuvième siècle jusqu'à la fin du siècle présent, nous sommes passés de la situation traditionnelle où le père avait le droit de garder ses enfants (du moins ceux qui étaient assez vieux pour être économiquement utiles) à une situation où la préférence était accordée à la mère. La préférence accordée à la mère a été remplacée par la règle fondée sur "l'intérêt de l'enfant". Supposément non sexiste, il est évident qu'en réalité la notion de la "préférence à la mère" était sous-entendue dans ce principe : l'intérêt de l'enfant commandait que l'enfant soit confié à sa mère.

La notion de "parent psychologique" est venue brouiller davantage les choses. Le parent psychologique peut être la mère ou le père, ou même un tiers qui n'est pas le parent biologique. D'après Goldstein et ses collègues, les décisions relatives à la garde doivent tenir compte du besoin psychologique de l'enfant en terme de "permanence"; ces décisions doivent être prises rapidement du fait que les enfants ont une perception du temps différente de celle des adultes.[39] Si la garde est contestée, il est préférable de "tirer au sort" que de faire subir aux enfants un litige prolongé ainsi qu'une période d'incertitude. Selon Bala et Clarke, de ce "principe de permanence est née la définition juridique du parent modèle, tout comme un phénix renaissant des cendres de la common law".[40] Bien entendu, le parent modèle est le parent psychologique, c'est-à-dire celui qui peut offrir les meilleures garanties de permanence. Bien qu'en général la mère soit à cet égard la personne toute désignée, les auteurs de cet ouvrage important laissent entendre clairement que, à leur avis, les deux parents peuvent aussi bien l'un que l'autre s'occuper des enfants. De fait, cet ouvrage semble avoir

été le catalyseur de la notion selon laquelle la mère ou le père peuvent réussir à élever leurs enfants.

Les études en sciences sociales ayant révélé que les enfants s'adaptent mieux à leur nouvelle situation lorsqu'ils sont constamment en contact avec leur mère, on a insisté récemment sur l'importance de la garde conjointe ou du rôle parental partagé. Bien que la Loi sur le divorce de 1985 conserve les notions de droit de garde des enfants, de visite et de sortie, ces concepts, qui ont une connotation de "bien meuble" rattachée aux enfants, semblent céder graduellement la place à des concepts tels que "parent principal" et "gardien secondaire", etc.[41]

Les différentes formes de garde

Même si les choses changent, il semble évident que les juges ont traditionnellement donné la préférence à la mère traduisant ainsi, la mentalité sociale. Dans son étude portant sur les familles de divorcés, Leupnitz a constaté que lorsque la mère avait la garde pleine et entière, cette mesure était réputée due au fait que "cela n'avait jamais été mis en doute; on a tout simplement présumé que j'aurais la garde". Quelle que soit la rancoeur entre les parents, la plupart des hommes reconnaissent également l'importance que représentent les enfants dans la vie des femmes, en particulier pour celles qui sont demeurées au foyer. Traditionnellement, les hommes ont accordé à leur profession une importance égale, sinon supérieure à celle qu'ils ont accordée à leur rôle de parent. La séparation et le divorce ne changent rien à cette situation. Le fait de perdre la garde de leurs enfants occasionne souvent un changement radical dans la vie des femmes. Nous devons également garder à l'esprit la différence qui existe entre ce que représente pour les hommes et pour les femmes le fait de perdre leurs enfants. Alors que les pères qui ne luttent pas pour la garde de leurs enfants ne sont

pas couverts d'opprobe, les femmes qui abandonnent la garde ou qui préfèrent la garde conjointe sentent - ou on leur fait sentir - qu'elles ne doivent sûrement pas aimer leurs enfants. Évidemment, lorsque les femmes acceptent d'abandonner la garde ou "perdent" en cour, elles seront vraisemblablement considérées comme des mères incapables ou autrement fautives.

Par conséquent, il n'est guère surprenant que, malgré le libellé non sexiste de la plupart des lois, la garde soit confiée à la mère dans 86 p. 100 environ des cas au Canada et dans 90 p. 100 environ des cas aux États-Unis. La petite minorité des hommes qui ont réclamé la garde de leurs enfants en bas âge ont généralement dû surmonter les valeurs, les croyances, les vérités et les stéréotypes profondément établis qui sous-tendent la présomption de la préférence maternelle. On peut mesurer la force de ces présomptions et des idéalisations du rôle de la "mère" par le fait que la plupart des hommes ne contestent pas la garde soit parce qu'ils estiment eux aussi que les enfants doivent être avec leur mère, soit parce que leurs avocats leur conseillent qu'il serait coûteux et probablement futile de le faire.

Garde conjointe

La question de savoir s'il fallait entériner la présomption de garde conjointe a été chaudement débattue au moment de l'étude du comité permanent de la nouvelle loi sur le divorce et ne rallie pas encore l'unanimité aujourd'hui. Le comité semblait tiraillé en deux directions tout à fait différentes par des groupes d'intérêt aux convictions pareillement ancrées. D'un côté, les groupes de défense des droits des pères ont soutenu que la présomption de la préférence maternelle, sous ses formes explicite ou plus implicite, perpétue les stéréotypes sexuels

tout aussi limitatifs et archaïques que ceux qui ont empêché les femmes d'avoir un accès égal au marché du travail et qui ignorent le fait que certains hommes sont profondément attachés à leur rôle de parent. Selon ce point de vue, non seulement les hommes se voient refuser leurs enfants, mais ils sont aussi obligés de payer un prix "exorbitant" pour s'être divorcés. Il va sans dire que cet argument est à certains égards légitime et il est sans doute probable que beaucoup d'hommes ne réclament pas la garde de leurs enfants parce qu'ils croient ou se font dire par leurs avocats qu'à la lumière des attitudes prédominantes, il serait coûteux de le faire et ils "perdraient" de toute façon. Ces groupes ont donc demandé que l'égalité entre les sexes soit reconnue en actes aussi bien qu'en paroles et que, retour, il y ait présomption de garde conjointe.

De l'autre côté, divers groupes s'intéressaient à la condition de la femme dans la société canadienne. En général, les féministes ne se sont pas opposées en principe à la garde conjointe. De fait, pour que leurs prises de position ne soient pas contradictoires, les féministes doivent partager avec les groupes qui défendent les droits des pères certains points de vue qui favorisent l'idée que les qualités de parent ne sont innées ni chez l'homme ni chez la femme. Les féministes se sont plutôt préoccupées des conséquences inattendues de la présomption de garde conjointe. Premièrement, lorsque la rupture du mariage a été précipitée par la violence et l'alcoolisme, et peut-être par des actes d'agression sexuelle, on voudrait que les femmes aient le droit de refuser aux hommes la garde des enfants et peut-être même l'accès à ceux-ci. Deuxièmement, elles soulignent que la garde conjointe, lorsqu'elle a été attribuée, finit souvent par devenir une garde légale conjointe - la mère obtenant la garde physique. Par contre, soutient-on, en cas de garde conjointe, les hommes sont tenus à une prestation moins élevée pour l'entretien des enfants que lorsque la garde est exclusivement

attribuée à la mère. Par conséquent, non seulement la femme est-elle en grande partie responsable des soins des enfants, mais elle est susceptible de s'en occuper avec moins de ressources. Par ailleurs, on craint que si, pour diverses raisons, une femme hésite à conclure une entente de garde conjointe, les tribunaux considéreront qu'elle ne s'est pas montrée coopérative et elle risquerait ainsi de perdre complètement la garde.

Évidemment, les partisans de la garde conjointe ont invoqué à souhait la conclusion selon laquelle la participation continue des deux parents à la parentalité constitue un facteur crucial de l'adaptation des enfants au divorce de leurs parents. Cependant, ainsi qu'ils le soulignent, les enfants pourraient également en tirer d'autres avantages, en ce sens que les parents exercent encore mieux leur rôle lorsque les responsabilités parentales sont partagées. L'une des situations stressantes pour la mère divorcée qui a la garde exclusive vient du fait qu'elle se sent souvent accablée, surchargée de travail et emprisonnée au moment même où elle essaie de devenir économiquement indépendante. Par ailleurs la nouvelle loi l'oblige à faire tous les efforts possibles pour devenir économiquement indépendante, ce qui pose pour elle un dilemme. D'une part, on s'attend qu'elle s'occupe des enfants comme une bonne mère, mais d'autre part, elle est supposée devenir, après une période donnée, économiquement indépendante et capable de contribuer autant que son ex-mari à l'entretien des enfants. Ainsi, selon diverses études, l'un des principaux avantages de la garde conjointe, quand elle est associée à la coparentalité, est qu'elle laisse beaucoup plus de temps aux deux parents pour s'occuper d'eux-mêmes.

C'est ainsi que les recherches qui ont expressément porté sur la garde conjointe ont généralement abouti à des conclusions positives. Cependant, ainsi que la plupart de ces chercheurs l'avouent, leurs sujets ont surtout été des couples de la classe

moyenne qui ont les ressources nécessaires pour assurer la réussite de cet arrangement. En d'autres mots, la garde conjointe n'est peut être pas une solution viable pour tout le monde.[44]

Lenore Weitzman a étudié la loi californienne sur le divorce, qui oblige les juges à donner préférence à la garde conjointe sur demande de l'un ou l'autre des époux ou lorsque l'intérêt des enfants le commande. Elle constate que, en pratique, cette loi n'a pas eu un effet considérable sur l'attribution de la garde en Californie. Tandis que la garde conjointe est maintenant attribuée dans environ 18 p. 100 des cas, il semble que, dans la majorité de ces cas, il s'agit de la garde <u>légale</u> conjointe, avec garde <u>physique</u> à la mère. L. Weitzman conclut que la plupart des hommes et des femmes ne veulent pas partager les responsabilités parentales après le divorce. De tels arrangements nécessitent beaucoup de temps, d'énergie et d'argent, ce qui n'est pas à la portée de la plupart des couples. Elle a également constaté que si une minorité d'hommes désirent participer activement à la parentalité de leurs enfants, la majorité ne veulent pas avoir la garde de leurs enfants ou participer plus activement à leur vie. Par exemple, les données qu'elle a recueillies au cours de ses entrevues montrent que 70 p. 100 des hommes qui n'ont pas la garde préféreraient voir leurs enfants <u>moins</u> souvent, alors que 30 p. 100 ne préfèrent aucun changement. <u>Aucun</u> d'eux ne voulait voir ses enfants plus souvent.

Il en est de même de la garde conjointe qui n'atténue pas nécessairement le conflit entre les ex-époux. Jessica Pearson, qui a mené une étude de grande envergure sur la médiation en matière de divorce au Colorado, a constaté que pratiquement la moitié des ordonnances de garde conjointe avaient été modifiées parce qu'on a trouvé qu'elles étaient impraticables.[45] Il s'agissait de cas où la garde conjointe résultait d'ententes

conclues souvent avec l'aide d'un médiateur, mais qui n'avaient pas été imposées par le tribunal. De même, dans son petit échantillonnage américain, Luepnitz n'a constaté aucune différence dans les degrés de conflit et d'hostilité entre les couples qui avaient obtenu la garde conjointe et ceux qui avaient obtenu la garde exclusive.

Que dire du petit nombre de cas où les hommes réclament la garde? Malgré l'argument des groupes de défense des droits des pères selon lequel les tribunaux manifestent un parti pris en faveur des femmes, il semble qu'aux États-Unis, les hommes qui contestent la garde ont plus qu'une chance égale de "gagner". Lenore Weitzman, par exemple, constate dans son échantillonnage californien, qu'environ 63 p. 100 des hommes qui avaient réclamé la garde l'avaient obtenue.[46] Au Canada, selon une analyse des données du Bureau central d'enregistrement des divorces effectuée par Statistique Canada, le "taux de succès" a été d'environ 43 p. 100.[47] Nous devons bien entendu tenir compte des raisons qui amènent les hommes à s'élever contre la tradition qui donne la préférence à la mère. Selon certaines études, ces hommes peuvent être motivés par le fait que pour diverses raisons, la mère est incapable d'assumer la parentalité ou ne veut pas avoir les enfants.

On a établi par la même occasion que les tribunaux auraient un parti pris en faveur des hommes qui ont abandonné leur rôle traditionnel de père pour participer, même dans une mesure limitée, aux soins des enfants. C'est à cette conclusion qu'est arrivée Susan Boyd, professeure de droit à l'université Carleton. Son étude portant sur les ordonnances de garde rendues par les tribunaux canadiens l'amène à conclure que ces ordonnances révèlent "une absence de discussion de la notion du responsable principal de la parentalité, accompagnée d'une tendance à exagérer la participation paternelle dans le soin des enfants et,

dans l'ensemble, une tendance à pénaliser les mères qui travaillent à l'extérieur du foyer en raison de l'instabilité présumée de leur train de vie". Selon Boyd, les tribunaux considèrent que les hommes qui travaillent à plein temps, mais qui font preuve d'un certain intérêt pour la parentalité ou qui y participent sont des pères dévoués. Les femmes qui travaillent à plein temps et qui s'occupent de la grande partie, mais non de tous les soins des enfants, sont considérées comme des mères "incomplètes" qui ne s'intéressent pas à la parentalité. Elle constate également une tendance récente à attribuer la garde des enfants au parent qui peut assurer à ceux-ci la meilleure stabilité financière et le plus haut niveau de vie. Compte tenu des différences moyennes entre la capacité de gain des hommes et celle des femmes, cela aurait manifestement pour effet de favoriser le père. Enfin, elle trouve des indices qui montrent qu'en matière d'attribution de la garde, la balance penche beaucoup plus favorablement du côté des hommes lorsqu'une autre femme partage avec eux le soin des enfants.[48]

Aux États-Unis, on s'est alors demandé si les lois non sexistes n'auraient pas comme conséquence inattendue de terroriser les femmes qui veulent la garde de leurs enfants à accepter des arrangements financiers insuffisants et injustes afin d'éviter une bataille coûteuse pour la garde et risquer de perdre leurs enfants. L'avocate américaine Nancy Polikoff a récemment déclaré : "Les femmes qui ont peur de perdre leurs enfants donneraient n'importe quoi en échange - l'allocation d'entretien pour les enfants, les biens, la pension alimentaire - pour empêcher que cela se produise·4[9] Reste à savoir s'il s'agit d'un problème réel ou en puissance aux États-Unis et au Canada. Cette affirmation fait cependant ressortir certaines des difficultés et des dangers auxquels on s'expose lorsqu'on essaie d'appliquer une loi qui se veut plus juste et moins sexiste que l'ancienne loi.

Bref, le législateur est enfermé dans une sorte de dilemme. Fort probablement, les groupes de défense des droits des pères ont raison lorsqu'ils prétendent que le fait d'accorder la préférence à la mère, sous quelque forme que ce soit, perpétue des stéréotypes et des attitudes d'un autre âge concernant les rôles propres aux hommes et aux femmes dans la société moderne. Ce sont des opinions que personne, encore moins les féministes, ne veut voir se perpétuer. Il va sans dire que les hommes qui s'engagent à se consacrer à la parentalité de leurs enfants et qui y ont participé ne devraient pas être pénalisés parce que la plupart des hommes ne sont pas les pourvoyeurs principaux de soins aux enfants ou sont moins enclins que leurs femmes à partager également le soin des enfants. Nous ne pouvons non plus présumer que toutes les femmes sont par essence de meilleurs parents, ou même qu'elles désirent avoir la garde pleine et entière de leurs enfants.

Cette question est, en partie, à prendre en considération lors de l'évaluation future de la Loi sur le divorce, mais il est évident que le débat sur les avantages et les inconvénients de la garde conjointe a également son importance dans le cadre d'une évaluation de la médiation en matière de divorce et de litiges familiaux. Les conférences et les entrevues auxquelles nous avons assisté nous donnent l'impression que les médiateurs ont été fortement influencés par les résultats positifs de l'étude sur la garde conjointe et qu'ils attachent énormément d'importance au fait que les enfants aient le plus de contacts possible avec leur père et leur mère, quelle que soit la décision judiciaire en matière de garde. Les féministes ont également fait part de leurs craintes que les femmes se sentent forcées à accepter la garde conjointe, même si leur ex-époux a fait preuve de brutalité, leur a fait subir des sévices corporels, a fait acte de cruauté mentale ou a usé de drogues. Ici encore, au stade de la proposition, nous avons manqué de preuves pour nous

prononcer sur ce sujet, mais nous nous sentons obligés de penser que les nouvelles modalités de garde doivent entrer dans le cadre de cette étude étant donné qu'elles peuvent faire partie des éléments susceptibles d'avoir des conséquences sociales.

Avant de conclure cette section, il est bon de noter que Weitzman, à l'instar des autres féministes, trouve un caractère ironique et assez poignant aux conséquences apparentes de la réforme du droit de la famille et du processus non contradictoire de règlement des litiges familiaux et conjugaux. Du point de vue concret, les nouvelles normes légales qui obligent à utiliser un vocabulaire neutre renferment une promesse de fin du patriarcat dans le système judiciaire et de rejet des suppositions anachroniques sur le rôle des femmes et leurs capacités qui s'étaient infiltrées dans le droit de la famille traditionnel. Cependant, la tentative de mettre les hommes et les femmes sur un pied d'égalité au moment du divorce ne tient pas compte de l'inégalité de condition qui existe entre hommes et femmes dans la société en général. En se fondant sur ses recherches, L. Weitzman conclut qu'étant donné ces grandes inégalités, les femmes en instance de divorce ont besoin d'une partie de la protection que la législation traditionnelle leur accordait :

> Chose curieuse, il n'a pas fallu longtemps pour voir que nombre d'idées préconçues fondées sur le sexe, qui provoquaient la risée il y a dix ans -- au sujet de l'indépendance économique des femmes, du rôle plus grand qu'elles prennent dans l'éducation des enfants, de leur besoin de soutien financier de la part de leur ex-époux -- ne sont finalement pas ridicules. Au contraire, elles ne faisaient que refléter, en l'accentuant, la triste réalité de ce qu'est la vie des femmes mariées et elles masquaient les conséquences économiques désastreuses qu'entraîne le divorce pour les femmes et les enfants (p.359).

L'étude de L. Weitzman ne conclut pas pour autant qu'il faudrait revenir à des lois sur le divorce plus restrictives, ainsi qu'à la notion de faute et aux pénalités. Elle engage plutôt à

veiller à ce que la législation en vigueur prévoie des mises en garde et qu'elle contienne des dispositions visant à assurer une protection adéquate des femmes et des enfants.

RÉSUMÉ DES ÉVALUATIONS

Il y a un certain nombre d'années, Marshall McLuhan a observé que bien souvent nous considérons comme en rétrospective la société dans laquelle nous vivons actuellement. Nous rédigeons des ouvrages, formulons des commentaires et effectuons des recherches sur un présent déjà disparu. Cette observation ne paraît que plus juste lorsqu'il est question de remanier le droit de la famille. Comme nous venons de le voir, divers aspects du droit de la famille ont fait l'objet de critiques au moins depuis le milieu des années 1970. Rétrospectivement, une grande partie de ces attaques étaient sans doute provoquées par les critiques violentes formulées à l'endroit de la famille conventionnelle et peut-être, plus généralement, par l'individualisme né de la contre-culture des années 1960. Mais ce n'est que vers la fin des années 1970 que les tribunaux de la famille à juridiction regroupée ont fait leur apparition au Canada et il a fallu attendre dix ans après la publication des rapports de la Commission de réforme du droit du Canada pour qu'une nouvelle loi sur le divorce soit enfin promulguée. Il aurait en fait été surprenant que l'opinion publique n'ait pas changé entretemps, tant en ce qui a trait à la famille qu'au droit familial et à son application.

Bien que nous soyons loin d'avoir fait le tour de la question dans les années 1980, il est évident que les critiques virulentes des féministes et des psychiatres familiaux qui ont retenu l'attention de tous dans les années 1970 ont été supplantées par les images à la "Norman Rockwell" que Eichler qualifiait de "mouvement de la famille patriarcale"[50], et par de nouvelles

études et évaluations du mariage et de la famille effectuées par des sociologues qui ont reconnu de nombreux mérites à la famille unie.[51] En outre, alors que les féministes des années 1970 s'intéressaient principalement à l'oppression et à l'inégalité inhérentes à ces institutions, elles en sont arrivées à la conclusion au cours des dernières années que de telles conséquences peuvent encore se produire dans les familles après le divorce. En cours de cheminement, elles ont soulevé de nouvelles questions au sujet du rôle que joue l'État dans les ruptures de mariage et elles nous ont forcés à reconsidérer les points importants qui devraient être examinés dans une étude et une évaluation de la médiation en matière de divorce.

Ce projet a trouvé sa genèse dans les travaux d'évaluation effectués par les tribunaux de la famille à juridiction regroupée. Les préoccupations de la Commission de réforme du droit à l'égard du droit de la famille au Canada, dans les années 1970, ont beaucoup contribué à définir les sujets de recherche à la base de ces évaluations. Cependant, les résultats obtenus grâce aux projets-témoins de recherche sur les tribunaux de la famille à juridiction regroupée nous ont laissés quelque peu sceptiques quant aux allégations de ceux en faveur de la médiation en matière de divorce. Par exemple, à la fin du rapport sommaire sur les tribunaux de la famille à juridiction regroupée, on a pu noter que même si tous les évaluateurs avaient pu parler d'abondance sur la manière dont une branche sociale s'intègre à la branche judiciaire et administrative des tribunaux et sur la façon dont elle interagit avec elle, aucun d'entre eux n'avait pu fournir beaucoup de renseignements quant à ses répercussions sur le processus judiciaire dans son ensemble, ni d'ailleurs nous indiquer si le counseling en vue d'une réconciliation possible, comme on l'appelait communément alors, était en fait une meilleure voie à suivre que le processus purement contradictoire.

A cette époque-là, si l'on consultait les données collectives et qu'on prenait connaissance des documents publiés, il était particulièrement frappant de constater que même si les publications touchant à la médiation et à la conciliation semblaient extrêmement optimistes quant aux avantages financiers et à la part à attribuer à ces moyens dans l'atténuation de l'hostilité entre conjoints et l'amélioration de leurs relations après le divorce, il n'en demeurait pas moins que, au Canada, la majeure partie de la recherche avait porté sur ces services eux-mêmes et, pour diverses raisons, n'avait pas placé la médiation et le counseling en vue d'une réconciliation possible dans le contexte global du processus judiciaire. On avait plus ou moins ignoré le fait que la majorité des conventions entre les parties, en vertu des lois provinciales ou fédérales, sont établies sans avoir recours à la médiation et au counseling en vue d'une réconciliation possible.[52]

En outre, il était évident qu'une bonne partie de la recherche effectuée jusque-là sur la médiation avait été surtout descriptive et non comparative et qu'elle avait parfois porté sur des échantillonnages tendancieux, à savoir que les personnes à l'étude faisaient souvent partie d'un groupe qui, dans une large mesure, s'était constitué de sa propre initiative ou qui avait eu recours à la médiation.[53] Il ressortait également clairement des données que bien qu'un tel service auprès des tribunaux soit souhaité par un grand nombre de gens, il est extrêmement difficile d'amener les gens à s'en prévaloir. Les femmes qui veulent une ordonnance d'entretien peuvent être incitées à faire appel aux tribunaux (ou y sont forcées par les services sociaux) et se trouvent par la suite confrontées à la branche sociale des tribunaux, mais il n'est jamais facile d'amener les hommes à se présenter en vue d'arriver à une entente sérieuse. Comme l'a fait remarquer un présentateur lors d'une récente conférence sur

la médiation tenue aux États-Unis, le nombre de personnes aptes à former les médiateurs et le nombre de médiateurs dépassent de beaucoup la demande actuelle, conclusion à laquelle Jessica Pearson est également parvenue après l'importante étude qu'elle a menée au Colorado sur la médiation en matière de divorce.[54] Cela corrobore ce que l'on savait déjà sur les tribunaux de la famille à juridiction regroupée. De plus, la plupart des avocats que les chercheurs ont rencontré au cours des diverses évaluations ont semblé peu enclins à pousser les gens à se prévaloir de la médiation. On a souvent pu constater un antagonisme et une opposition déclarés.

Au Canada, les services de médiation et de consultation en vue d'une réconciliation possible qu'offrent les tribunaux ont été principalement subventionnés à titre de projets expérimentaux ou de projets-témoins. Certains ont disparu depuis, tandis que d'autres doivent lutter d'année en année pour subsister. Ce fut également le cas pour les projets de tribunaux de la famille à compétence intégrale. Ces projets se sont prolongés longtemps après la fin de la période d'essai et de la subvention de l'État, mais il semblerait que la branche sociale n'a jamais été entièrement institutionnalisée dans aucun d'entre eux. Bien qu'il n'y ait pas été question de se passer des juges, de l'administrateur de la cour et autres, à l'issue des projets les branches sociales des tribunaux ont été constamment menacées d'être supprimées et elles se sont trouvées dans l'obligation de justifier leur existence en faisant principalement valoir les avantages financiers qu'elles offraient.

Est apparu alors le besoin de déterminer systématiquement, et sur une plus longue période, les avantages de la médiation par rapport au processus traditionnel. Ensuite, partant de l'hypothèse que la médiation constitue réellement une meilleure approche, il fallait voir à quel point elle influait

favorablement sur la charge de travail des tribunaux. En troisième lieu, il fallait déterminer systématiquement le type de clients qui ont recours ou non à ces services et savoir lesquels en bénéficient le plus. Finalement, il est apparu important de mieux connaître l'opinion des avocats et des juges sur les services de counseling en vue d'une réconciliation possible, ainsi que les facteurs influant sur leur décision de conseiller aux intéressés d'y avoir recours ou non.

La majeure partie de ces questions sont encore en suspens et la présente étude tente de répondre à la plupart d'entre elles. Inévitablement, au cours de ce long projet, la recherche s'est orientée davantage vers les conséquences inattendues des ruptures de mariage dont il est question sous l'intitulé "Sujets d'actualité" et vers l'influence qu'ont la réforme du droit de la famille et la médiation en matière de divorce sur l'atténuation ou l'intensification de ces soi-disant résultats négatifs.

En outre, pour revenir à la mise en garde de Marshall McLuhan, il est clair que les critiques autrefois formulées à l'égard du droit de la famille et dont il est fait mention au début de cette partie laissent transparaître un "conflit de cosmologies" entre avocats et médiateurs -- les bons et les mauvais -- conflit qui, s'il a jamais existé, n'a plus raison d'être, compte tenu de ce qu'est devenu le droit de la famille. Par exemple, bien que les modifications législatives aient pu sembler être apportées lentement, les changements d'attitudes, de procédures et de principes ont laissé présager ce changement officiel. Au niveau provincial, et maintenant à l'échelon fédéral, le droit de la famille est rédigé en usant du pronom neutre. Nous croyons que la médiation, entre autres solutions de rechange au processus contradictoire traditionnel, quoique innovatrice et sujette à controverses il y a encore une décennie, est à présent largement acceptée et sur le point d'être

institutionnalisée.[55] En outre, bien qu'il y ait encore des avocats tâtillons pratiquant le droit de la famille, nous avons toutes raisons de croire que la plupart des causes sont confiées à des avocats spécialisés en droit de la famille qui, quoique prêts à plaider si nécessaire, pensent qu'en ce qui a trait aux allocations d'entretien, à la garde et à l'accès, il est de l'intérêt de tous d'arriver à une entente, par négociation ou médiation, au lieu de se la voir imposer par les tribunaux. La plupart d'entre eux incitent donc leurs clients à négocier une entente et quelques-uns offrent des services de médiation ou aiguillent leurs clients vers des médiateurs de la communauté. Plus encore, il semble que de moins en moins de juges du tribunal de la famille pensent maintenant que, en matière de droit de garde, la procédure contradictoire permet de laisser "jaillir la vérité" et de découvrir qui, du père ou de la mère, est le meilleur parent. Ils s'appuient beaucoup plus -- et parfois invariablement -- sur les évaluations en matière de garde sur ordonnance judiciaire ou bien ils conseillent aux parties en litige de recourir à la médiation.

En bref, il est devenu de plus en plus évident en cours de recherche que les deux méthodes de règlement des litiges ne sont pas diamétralement opposées et qu'il est plus difficile de les délimiter que nous l'aurions souhaité, ou qu'il aurait été possible de le faire il y a dix ans, en se plaçant d'un point de vue purement méthodologique. Disons simplement que le droit de la famille a beaucoup évolué et que le rôle de la médiation en matière de divorce est devenu plus subtil et plus complexe qu'autrefois. Cela dit, nous passons à la partie III qui décrit la méthodologie et la base de la recherche portant sur les nombreuses questions et sur les objectifs de ce projet.

PARTIE III

SOURCES DES DONNÉES ET MÉTHODOLOGIE

PLAN GÉNÉRAL

Les résultats de la recherche dont il est fait ici état sont tirés d'un projet entrepris en juillet 1985 qui était centré sur l'étude longitudinale d'un échantillonnage d'instances de divorce et de séparation, divisé entre les cas ayant fait appel à la médiation et au counseling en vue d'une réconciliation possible, et ceux n'ayant choisi que le recours judiciaire. Cette étude est longitudinale, en ce sens qu'elle a suivi le déroulement des actions depuis le moment du dépôt de la requête jusqu'au jugement définitif, que les parties en cause ont été interrogées environ six mois après le règlement final et que, enfin, les dossiers ont été suivis de façon à savoir combien de causes de chaque type avaient été renvoyées devant les tribunaux pour demander la modification ou l'exécution d'une ordonnance. Cependant, comme nous l'avons indiqué dans la première partie, ce projet a finalement comporté un certain nombre d'objectifs qui, bien que liés à l'évaluation de la médiation en matière de divorce, dépassaient le cadre prévu de la recherche.

Cette étude comprend trois volets principaux : une analyse systématique des archives des tribunaux, que nous intitulons Analyse des instances, une Étude des observations, et des entrevues avec les ex-conjoints dont la cause a été étudiée dans l'Analyse des instances et que nous appelons Étude des entrevues avec les clients. En outre, deux études supplémentaires ont été effectuées : l'une, l'Étude portant sur les avocats, comportait des entrevues personnelles avec des avocats spécialisés en droit

de la famille et un questionnaire adressé par la poste aux avocats s'intéressant au droit de la famille ou qui exercent dans cette branche; l'autre, l'Étude de la médiation, consistait en un questionnaire expédié par la poste aux médiateurs et aux conseillers.

A l'origine, ce projet comportait trois territoires d'enquête : Saskatoon, Montréal et St. John's. D'autres chercheurs avaient réalisé à Winnipeg un projet connexe, mais distinct. Cependant, lorsqu'il a été décidé que ce projet devrait également fournir des données de base en vue d'une évaluation de la Loi sur le divorce de 1985, le tribunal de la famille d'Ottawa a été ajouté aux autres territoires d'enquête. Dans ce dernier territoire, la recherche s'est limitée à l'Analyse des instances et à l'Étude des entrevues avec les clients, tandis que les requêtes en séparation en vertu de la législation provinciale ont été exclues. En outre, étant donné que le tribunal d'Ottawa n'offre pas de services de médiation, nous nous y sommes presque entièrement consacrés à la collecte de données pouvant servir à l'évaluation des divorces.

Les mêmes outils de recherche ont été utilisés dans les quatre territoires d'enquête et, à diverses étapes du projet, les chercheurs se sont réunis pour s'assurer qu'ils recueillaient des données comparables, tant auprès des tribunaux que dans le cadre de l'étude des observations et, bien entendu, des entrevues avec les clients. De fait, le type de données recueillies au cours de ce projet a été fortement influencé par l'expérience acquise par les chercheurs dans leur territoire respectif et par les connaissances qu'ils n'ont cessé d'accumuler sur la question complexe qu'est la rupture de mariage. Le résultat en est que, tout en ayant des données distinctes pour chacun des territoires étudiés, nous considérons que cette étude constitue un projet de recherche global portant sur plusieurs tribunaux familiaux et, à

quelques exceptions près, nous présentons les résultats globaux de nos recherches. Cette décision est fondée sur trois motifs. En premier lieu, disons que nous avons accumulé une somme considérable de données et qu'il est devenu très difficile de dresser des tableaux distincts pour chaque territoire, compte tenu du fait qu'il y en avait parfois quatre. Deuxièmement, cette étude ne constitue pas une évaluation d'un service particulier. Les territoires choisis apparaissaient déjà comme étant de bons exemples de services de médiation auprès des tribunaux et de services de counseling en cas de séparation, notre but étant d'envisager la médiation en matière de divorce dans un contexte général. Enfin, après avoir étudié en profondeur les données de chacun des trois territoires d'enquête, nous en sommes venus à la conclusion qu'elles ne présentent pas de fortes différences, particulièrement en ce qui a trait aux résultats, au taux des ententes, à l'opinion des clients, etc. Nous n'avons procédé à une ventilation des données et à l'étude d'un territoire particulier que s'il se distinguait nettement des autres ou, encore, si le niveau des revenus y était très différent.

ORGANISATION DE LA RECHERCHE

Au cours de la majeure partie de la recherche, le chef de projet (et le principal auteur de ce rapport) a résidé à Fredericton (Nouveau-Brunswick) qui, malheureusement, ne fait pas partie des territoires d'enquête.[56] Des chercheurs ont été nommés dans chacun des territoires et ont été presque entièrement laissés à eux-mêmes pour mener à bien leur partie du projet. Nous les avons remerciés au début de ce rapport pour leur collaboration, mais puisqu'il est question ici de méthodologie et de conception de recherche, il convient de signaler qu'aucun d'entre eux n'a été "parachuté" sur son territoire d'enquête. Tous ont été choisis en raison de leur compétence en recherche,

de leur connaissance approfondie de leur communauté et de leur intérêt pour les questions à l'étude.

Deux des quatre chercheurs ont participé à ce projet du début jusqu'à la fin. L'intention aurait été qu'il en soit ainsi pour tous les chercheurs des trois territoires d'enquête, mais le budget alloué et la portée plus restreinte de la recherche à Ottawa ont fait que la base de contrat a été plus limitée pour certains chercheurs. A St. John's, outre certaines autres difficultés (voir à la quatrième partie), la chercheuse choisie au départ a eu des ennuis de santé qui l'ont empêchée de poursuivre ses travaux. Sa remplaçante s'est sentie obligée d'abandonner le projet au moment d'aborder l'étape des entrevues avec les clients, car on lui a offert un poste susceptible de devenir permanent. En dépit du fait que le taux de chômage à Terre-Neuve est élevé et que son contrat avec nous était, par force, de courte durée, nous aurions eu mauvaise grâce à ne pas la féliciter d'avoir obtenu un emploi stable. Le sort a voulu que sa remplaçante, après avoir terminé les entrevues à St. John's, déménage à Toronto. Elle a cependant encodé la majeure partie des données relatives aux études supplémentaires, sous la supervision de notre chef de projet.

Ce projet était basé sur une série de recherches qui s'imbriquaient les unes dans les autres et qui offraient des travaux variés aux chercheurs de chaque territoire. Le projet a débuté par la collecte de données tirées des archives des tribunaux et des dossiers tenus par les médiateurs et les conseillers rattachés aux tribunaux. Au préalable, nous avons dû prendre connaissance de ces dossiers et tous les chercheurs ont dû se renseigner sur la façon dont les tribunaux fonctionnent et comment s'opère le classement. Cela a pris plus de temps que prévu. En outre, dans chaque territoire d'enquête, nous avons passé du temps à essayer de faire adopter des formulaires

spéciaux d'entrée des données qui, espérions-nous, permettraient de recueillir davantage d'informations que n'en contiennent les dossiers judiciaires. Ce système s'est avéré très efficace pour ce qui est des questions relevant de la législation provinciale et des cas présentés à la branche sociale des divers tribunaux, mais il a échoué à l'égard de la plupart des instances de divorce où les avocats n'ont pas coopéré avec nous ou ne possédaient pas les renseignements que nous leur demandions ou, encore, lorsque des problèmes bureaucratiques ont fait obstacle à nos efforts.

A ce stade initial, il a donc fallu ne compter que sur les archives des tribunaux. Les chercheurs ont commencé à y puiser des renseignements en même temps qu'ils entreprenaient l'étude des observations (sauf à Ottawa). Bien qu'intitulée à l'origine "Étude des observations dans les tribunaux", il est à noter qu'elle portait presque exclusivement sur la médiation en matière de divorce et sur les services de counseling en cas de séparation, dans le contexte du tribunal. Autrement dit, quoiqu'ayant passé du temps dans les salles d'audience, les chercheurs n'ont pas observé en détail la procédure judiciaire en cours d'audience et ce titre aurait pu porter à confusion. Tous ont cependant assisté à plusieurs séances de médiation et ont eu l'occasion de discuter longuement avec les médiateurs et les conseillers de leur travail et des cas dont ils sont appelés à s'occuper.

Nous avons cessé de nous rendre aux tribunaux vers février 1986, mais tous les chercheurs ont dû y retourner de temps à autre pour voir ce qu'il était advenu de plusieurs causes encore en instance. Les quatre chercheurs ont passé la majeure partie du printemps et de l'été 1986 à interroger les clients, mais ils ont été aidés par plusieurs interviewers à temps partiel choisis par eux et qui ont travaillé directement sous leur direction. Ces équipes de recherche se sont réunies régulièrement pour

discuter des problèmes d'interprétation des questions et s'assurer qu'elles recueillaient des données comparables.

Tel que mentionné plus loin, les entrevues ont pris beaucoup de temps et les données recueillies ont été très nombreuses, ce qui fait que l'encodage, la perforation des cartes et le tri des données se sont prolongés dans l'automne. Pendant ce temps, les chercheurs de deux des territoires d'enquête sur la médiation (Saskatoon et Montréal) ont procédé à des entrevues relativement peu structurées avec des avocats spécialisés en droit de la famille exerçant dans leur territoire.[57] Cette étape devait mener à l'envoi du questionnaire à un échantillonnage d'avocats exerçant au Canada et qui avaient manifesté de l'intérêt pour le droit de la famille. Cette enquête et l'envoi simultané de questionnaires à des médiateurs au Canada ont eu lieu de décembre 1986 à février 1987. Pendant ce temps, les chercheurs ont terminé l'analyse qualitative des entrevues avec les clients et ont établi leurs rapports aux fins de l'Étude des observations. Leur dernière tâche a consisté à retourner aux tribunaux pour déterminer le nombre des causes incluses dans notre échantillonnage initial qui avaient fait l'objet d'une requête de modification ou d'exécution d'une ordonnance. Les sections qui suivent décrivent les trois éléments fondamentaux du projet et les deux études supplémentaires.

ANALYSE DES INSTANCES

Cette partie de la recherche a consisté à recueillir des données démographiques et financières de base tant auprès des requérants que des intimés, et à suivre les actions en séparation et en divorce tout au long du processus judiciaire, depuis le moment du dépôt de la requête jusqu'à son issue. Les instances de séparation y ont été incluses surtout parce que nombre des cas de médiation faisaient déjà l'objet d'une action en vertu de la

législation provinciale ou, encore, étaient sur le point de le faire. En outre, particulièrement à Montréal, nombre de cas de médiation ne sont pas déférés immédiatement à un tribunal (advenant qu'ils le soient par la suite), et les couples qui sont parvenus à une entente de séparation ne cherchent pas toujours à la transformer en ordonnance judiciaire ou à la faire intégrer dans leur action en divorce. Non seulement avons-nous voulu déterminer le rôle que joue la médiation dans ces processus, mais aussi recueillir des données sur le nombre et les types de points litigieux initiaux et établir un lien entre ces données et les résultats finalement obtenus en ce qui a trait à la garde des enfants, au droit de visite et de sortie et au montant des allocations d'entretien. Nous avons également fait des recherches pour savoir si les parties avaient auparavant fait appel aux tribunaux, et ce, afin de détecter des indices de complexité des actions, de déterminer la durée entre le dépôt des requêtes et le jugement, et de connaître le temps consacré par les tribunaux à chaque affaire. Cette étude comportait environ 170 variables.

Il est évident que toutes ces variables ne s'appliquent pas à toutes les causes et que plusieurs d'entre elles ne s'appliquent que dans des cas particuliers. Par exemple, était donné qu'il avait été décidé de recueillir des données de base en vue de l'évaluation des divorces, nous avons inclus dans notre étude plusieurs cas où il n'y avait pas d'enfants en cause. Par conséquent, les variables relatives à la garde, au droit de visite et de sortie et, en général, aux allocations d'entretien n'étaient pas applicables à ces cas. Seule une minorité d'actions a permis de recueillir des données nombreuses sur la complexité des requêtes et les questions contentieuses. On pouvait aussi s'attendre à ce que, même lorsque certains types de données conviennent à un cas particulier, rien ne garantisse que les renseignements soient notés dans les dossiers du tribunal.

Autrement dit, certaines valeurs manquent pour pratiquement toutes les variables, soit parce qu'elles n'avaient aucun rapport avec la situation, soit parce que les résultats n'avaient pas été versés au dossier.

Les données que nous avons pu tirer des archives judiciaires comportent trois grandes lacunes. L'une d'elles est que le revenu et l'emploi des requérants ne sont indiqués que lorsque l'action en divorce comporte la présentation d'un état financier. Bien que des formulaires spéciaux d'entrée des données aient été fournis à tous les tribunaux, ces derniers ont surtout relevé des renseignements sur les instances de séparation et non de divorce.[58]

La deuxième est que nous n'avons pu codifier de données relatives au revenu antérieur (surtout des femmes) que dans très peu de cas; ces données n'étaient par ailleurs pas assez fiables pour être très utiles. Quoi qu'il en soit, ainsi que nous en faisons mention plus loin, nous ne sommes pas convaincus que ces données nous apprendraient beaucoup de choses. Comme nous l'avons constaté, il est parfois préférable pour les femmes de toucher des prestations d'aide sociale que de vivre une relation maritale dans laquelle le mari contrôle la majeure partie du revenu familial et la gaspille en alcool et en drogues.

La dernière lacune est que l'analyse des instances n'a permis d'obtenir des données relatives au revenu et à la situation de travail que pour une minorité de répondants. Comme on le verra plus loin, dans environ 60 p. 100 des cas, les parties intimées ne répondent pas à la requête en divorce. Il s'ensuit que les renseignements que contiennent les dossiers des tribunaux sont fragmentaires et ne sont pas toujours fournis. Par conséquent, ces données incomplètes sont très peu utilisées dans le présent rapport.

Ayant exprimé toutes ces réserves, il y a tout de même lieu de signaler que les données que nous avons recueillies sur le revenu correspondent de très près aux données recueillies ultérieurement lors des entrevues. Les analyses des répercussions économiques du divorce, traitées plus loin dans le présent rapport, s'inspirent des données relatives aux revenus et aux montants des allocations d'entretien, qui figurent dans l'analyse des instances et dans l'étude des entrevues avec les clients.

Dans l'ensemble, on a recueilli dans les quatre territoires d'enquête des données sur 1 773 cas de divorce. Il nous a fallu recourir à des grilles et à des stratégies d'échantillonnage différentes pour les divers territoires étant donné que les quatre tribunaux visés étaient de taille différente et que les instances qui nous intéressaient étaient de type différent. En raison de leur importance, tant pour la présente recherche que pour l'étude portant sur la médiation, toutes les requêtes contestées devant les tribunaux de Saskatoon, d'Ottawa et de St. John's (T.-N.), déposées entre janvier 1985 et décembre 1985 ont été retenues.[59] A Montréal, nous avons analysé toutes les requêtes contestées pour lesquelles un jugement a été rendu entre janvier 1985 et septembre 1985.

Quant aux requêtes non contestées, les chercheuses de deux des quatre territoires d'enquête, à savoir Saskatoon et St. John's, ont inclus dans leur recherche toutes les instances non contestées réglées entre septembre 1985 et janvier 1986. A Ottawa, la chercheuse a retenu un échantillonnage d'environ 200 instances réglées. A Montréal, nous n'avons retenu que les requêtes non contestées qui ont été réglées en août et en septembre 1985. Il n'a donc été possible d'établir un échantillonnage aléatoire d'instances non contestées qu'à Montréal et à Ottawa.

Enfin, les chercheurs ont veillé à inclure dans leur échantillonnage toutes les instances qui ont fait l'objet de médiation ou de counseling en séparation et qui ont été jugées entre janvier 1985 et décembre 1985.[58] Leur nombre s'est élevé à 363.

Tableau 3.1

Répartition des causes
par type de cause et par territoire d'enquête

Type de cause	Territoire d'enquête				
	Montréal	Saskatoon	St. John's	Ottawa	Total
Divorces sans contestation	206	270	214	218	908
Divorces avec contestation	173	35	76	70	354
Séparations sans contestation	65	94	117	--	276
Séparations avec contestation	16	24	21	--	61
Médiation/consultation seulement	68	42	36	--	146
Common Law	25	--	3	--	27
Totaux	553	465	467	288	1 773
Cas de médiation	152	141	70	--	363
Cas sans médiation	401	324	397	288	1 410

ENTREVUES AVEC LES CLIENTS

L'analyse des instances a fourni des données systématiques tant pour l'étude relative à la médiation que pour l'évaluation du divorce. Mais notre meilleure source de données a été les entrevues que nous avons eues avec les personnes qui venaient tout juste de divorcer ou de se séparer. Les recherches portant sur la famille, le mariage et le divorce se sont habituellement fondées sur des échantillonnages extrêmement petits et peu représentatifs. Ici, nous avons des données exhaustives

concernant 905 hommes et femmes divorcés ou séparés. De ce nombre, il y avait 618 divorcés ou divorcées. Nous avons réussi à entrer en communication avec beaucoup plus de femmes que d'hommes, faisant que les femmes représentent 58 p. 100 de notre échantillonnage. Notre intention était d'interroger chacun des ex-époux dans chaque cas, mais cela n'a pas toujours été possible. Aussi 56 p. 100 de l'ensemble de notre échantillonnage est constitué de ce que nous appelons les "couples appariés". Les analyses séparées de ce sous-échantillonnage montrent un degré élevé de similitude entre les réponses données par les ex-conjoints aux questions factuelles. Nous avons également constaté que les réponses données par les couples appariés ne diffèrent pas tellement de celles données par l'ensemble des hommes et des femmes dans notre échantillonnage.[60] Il s'ensuit donc que la plupart des comparaisons entre les hommes et les femmes que nous trouvons dans le présent rapport sont fondées sur l'échantillonnage total des divorcés plutôt que sur le sous-échantillonnage de couples appariés.

Tableau 3.2

Répartition des entrevues avec les clients par type de cause et par territoire d'enquête

Type de cause	Territoire d'enquête				
	Montréal	Saskatoon	St. John's	Ottawa	Total
Divorce	137	181	101	199	618
Séparation	94	109	73	73	287
Totaux	231	290	174	210	905
Médiation	111	137	65	11	324
Sans médiation	120	153	109	199	581
Femmes	121	144	116	121	502
Hommes	110	146	58	89	403

Du point de vue de l'échantillonnage, les entrevues avec les clients sont un sous-échantillonnage de ce qui, dans certains cas, était un échantillonnage aléatoire des archives des tribunaux et, dans d'autres cas, de la population totale d'un tribunal particulier. Tel que signalé précédemment, nous avons inclus dans cette étude autant de cas de médiation qu'il a été possible de le faire et, dans deux des quatre tribunaux, toutes les actions contentieuses. Autrement dit, l'idée générale était de représenter à outrance les instances qui, quoique rares, semblaient revêtir une importance particulière dans le contexte de ce projet. Il est donc difficile de déterminer la mesure dans laquelle notre échantillonnage est représentatif des couples divorcés ou séparés. Cependant, si on compare les données obtenues par le biais d'entrevues avec celles obtenues au moyen de l'analyse des instances, on peut présumer que les personnes que nous avons interviewées sont financièrement un peu plus à l'aise et jouissent d'un statut socio-économique légèrement supérieur que l'échantillonnage général de couples séparés ou divorcés. Il s'ensuit donc que nous avons sous-représenté le groupe des très pauvres dans la majeure partie de la recherche et ce que les documents qualifient souvent de famille à "problèmes multiples". Comme le démontrent les divers tableaux présentés dans la cinquième partie du présent rapport, les différences, quoique réelles, ne doivent toutefois pas être amplifiées.

Le questionnaire conçu pour la présente étude est assez long et comprend environ 216 questions distinctes qui ont donné lieu à 357 variables dans la grille de codification. Tout comme dans l'analyse des instances, toutes ces variables n'étaient pas universellement applicables. Par ailleurs, l'entrevue pouvait prendre beaucoup de temps dans les circonstances suivantes : le sujet a participé à une médiation; il était représenté par un avocat; il a comparu en cour; il est partie à un arrangement relatif au droit de visite et de sortie, à la garde et à

l'allocation d'entretien; il a un nouveau compagnon ou son époux se trouve dans cette situation. Comme le laisse entendre la liste suivante des thèmes abordés dans l'entrevue, nous nous intéressions davantage au processus du divorce et de la séparation, et à la situation de ces familles après le divorce, plutôt qu'au mariage lui-même et aux causes de son échec. Dans beaucoup de cas, cependant, les sujets que nous avons interrogés voulaient également parler de ces aspects de leur cause et, en fait, il semble que pour certains d'entre eux, c'était la première occasion qui s'offrait à eux de parler de l'échec de leur mariage et de leur divorce. Nous avons donc recueilli, en plus d'un corpus imposant de données quantitatives, un corpus tout aussi imposant de données plus qualitatives sur chaque cas. Ces données qualitatives ont été recueillies et résumées par chacune des chercheuses aux quatre endroits visés par la recherche.

Figure I
Thèmes abordés dans l'étude Entrevues avec les clients

I. Données de base sur le client
II. Faits concernant le mariage antérieur
III. Aspects de la séparation
IV. Consultation et médiation
V. Représentation judiciaire
VI. Audience judiciaire
VII. Processus judiciaire - lois provinciales
VIII. Processus judiciaire - divorce
IX. Garde et accès
X. Allocation d'entretien et niveaux de vie
XI. Relations après le divorce
XII. Nouveau compagnon
XIII. Adaptation après le divorce

ÉTUDE DES OBSERVATIONS

Comme nous l'avons mentionné plus haut, nous savions à l'avance qu'il faudrait attendre que certains tribunaux aient enregistré un nombre suffisant de jugements de divorce et de

séparation et nous avons donc incorporé à notre projet de recherche un élément d'observation. L'intention était que les trois chercheurs procèdent à une étude essentiellement ethnographique et descriptive tout en recueillant dans les archives des tribunaux des données quantitatives encodables. Pour cette partie de la recherche, la délimitation des attributions a été laissée volontairement vague étant donné que nous ne savions pas d'avance si nous serions autorisés à assister aux séances de médiation et que nous ignorions quelles questions seraient spécifiques à chaque tribunal et à chaque collectivité.

Cependant, les chercheurs étaient guidés dans leurs observations par l'ensemble général de questions qui avaient été abordées dans le projet de discussion et la demande d'offre. Ces questions ont été revues et approfondies au cours des réunions de l'équipe de recherche et dans le cadre de discussions entre les chercheurs et le chef de projet, lorsqu'il visitait les territoires d'enquête. Il en a résulté que tous ont pour ainsi dire posé les mêmes questions et se sont intéressés aux mêmes processus généraux, même si les particularités de chaque tribunal les obligeaient à user de méthodes différentes. Cet élément de la recherche n'est pas non plus, comme le préconise Bale, un type d'enquête par "analyse du processus d'interaction". Il aurait fallu concevoir la recherche très différemment et choisir des chercheurs ayant des compétences très différentes.

Ainsi qu'il ressort des longues descriptions de la quatrième partie, nous croyons que l'élément d'observation a été très utile, qu'il a beaucoup contribué à enrichir notre corps de données quantitatives et qu'il nous a permis de mieux comprendre ce que recouvrent les services de médiation devant les tribunaux, leur rôle et leur lien avec le système judiciaire. Nous tenons cependant à insister sur le fait que nous ne considérons cet

élément utile en lui-même que comme une source supplémentaire de données.

Comme on peut le voir à la quatrième partie, nous possédons des données d'observations très complètes pour Saskatoon et Montréal. Nos deux chercheurs ont pu assister à des séances de médiation et discuter de cas spécifiques avec les médiateurs et les conseillers. Pour des raisons indépendantes de notre volonté -- en particulier le changement brusque de personnel au tribunal de St. John's -- nous n'avons qu'un nombre restreint de données d'observations dans ce district. (Cette partie de la recherche n'a pas été effectuée à Ottawa.)

ÉTUDES SUPPLÉMENTAIRES

Ce projet comporte deux études supplémentaires. L'une d'elles porte sur les avocats spécialisés en droit de la famille, l'autre sur les médiateurs en matière de divorce au Canada. L'objet de ces deux études était de sortir du cadre des trois territoires d'enquête et de voir qu'elle est l'attitude des avocats et des médiateurs face au divorce, à la séparation et aux difficultés qu'il y a à parvenir à une entente entre parties. Elles visaient également à déceler les différences d'attitude entre les avocats et les médiateurs sur la question de la médiation en matière de divorce et à découvrir la nature de l'interaction entre les membres de ces deux professions. En outre, nous nous sommes largement inspirés des questions formulées par Kenneth Kressel dans son étude sur les avocats du Maryland.[61]

La principale différence est que, lorsque cela était possible, nous avons posé les mêmes questions aux avocats et aux médiateurs. Les résultats figurent dans la quatrième partie.

Étude portant sur les avocats

La première phase de l'Étude portant sur les avocats a consisté en des entrevues relativement peu structurées d'une soixante d'avocats spécialisés en droit de la famille qui exercent dans l'un des trois territoires d'enquête. Ce chiffre est approximatif parce que, d'une part, il est arrivé qu'en allant rencontrer un avocat, plusieurs autres membres de son cabinet ont voulu se joindre à lui pour nous faire part de leur opinion sur la médiation et sur le droit de la famille en général. Il a donc été parfois difficile de dire s'il s'agissait d'une ou de plusieurs entrevues. D'autre part, en particulier à Saskatoon, la chercheuse a rencontré plusieurs avocats de pratique privée ou de l'aide juridique intéressés par le sujet de cette recherche et ces rencontres se sont ajoutées à leurs entrevues officielles.

Ces entrevues avaient un double objectif. Le premier était de mieux connaître dans chacune des villes l'interaction d'une part, entre le milieu juridique et, d'autre part, les services de médiation offerts par les tribunaux et le secteur privé. En second lieu, nous voulions utiliser les données tirées de ces entrevues pour préparer un questionnaire plus structuré que le premier, qui serait transmis par la poste aux avocats spécialisés en droit de la famille au Canada. L'Association du Barreau canadien possède une liste d'environ 6 000 avocats "qui ont exprimé leur intérêt pour le droit de la famille". Cette Association a bien voulu nous fournir un échantillonnage composé d'un sixième de ces noms (c'est-à-dire 1 000 noms); elle a posté à ces mille personnes notre questionnaire auquel était joint une lettre d'accompagnement. Elle a également envoyé un questionnaire, traduit par elle en français, à ceux de ses membres qui ont exprimé le désir de recevoir leur correspondance dans cette langue.

Les questionnaires expédiés par la poste présentent l'avantage d'être plus économiques que les entrevues, mais leur inconvénient majeur est le faible taux de réponse. Ce fut le cas pour l'Étude sur les avocats. Nous n'avons reçu, en tout et pour tout, que 220 réponses à notre questionnaire, ce qui donne un taux de réponses de 22 p. 100. En outre, dix-huit autres avocats ont eu l'amabilité de nous faire savoir par écrit que tout en étant cependant intéressés par le droit de la famille, ils n'exercent pas dans cette branche (en général parce qu'ils travaillent pour un organisme gouvernemental) et qu'ils ne sont donc pas en mesure de remplir notre questionnaire. Ce taux de réponse est décevant et, en tout autre cas, nous aurions utilisé avec beaucoup de prudence les données recueillies mais, comme nous l'expliquons en détail dans la quatrième partie, les résultats du questionnaire expédié par la poste sont très similaires, en ce qui a trait aux questions importantes, à ceux que nous avons obtenus d'entrevues personnelles dans les trois territoires d'enquête. Si notre échantillonnage est biaisé, il nous est impossible de dire pourquoi ni dans quel sens. Donc, malgré le faible taux de réponse, nous avons la quasi certitude que ces données donnent un portrait exact de l'attitude des avocats spécialisés en droit de la famille au Canada.

Étude de la médiation en matière de divorce

Étant donné le très faible nombre d'avocats qui exercent à titre privé et offrent des services de médiation en matière de divorce dans les deux territoires d'enquête les moins importants, nous n'avons procédé à des entrevues non structurées qu'après avoir mis au point le questionnaire à envoyer aux médiateurs en matière de divorce au Canada. La base de sondage que nous avons utilisée pour notre questionnaire a été la dernière édition de l'Inventaire des services canadiens de médiation en matière de divorce et de consultation en vue d'une réconciliation possible,

qui a été colligé par le ministère fédéral de la Justice. Nous avons posté 450 questionnaires et avons reçu 187 réponses. Au premier abord, le taux de réponse semble être de 44 p. 100, mais la liste d'adresses que nous a fournie le Ministère comprend aussi bien des adresses de particuliers que celles d'organismes. Nous avons envoyé plusieurs questionnaires à ces organismes et leur avons demandé de les distribuer aux membres de leur personnel. Il se peut que nous ayons envoyé parfois plus de questionnaires qu'il n'y avait d'employés. Nous ne savons donc pas exactement quel a été le taux de réponse. Il faut également remarquer que la base de sondage que nous avons utilisée ne contient pas le nom de tous ceux qui, au Canada, exercent à titre de médiateur en matière de divorce. Tel que mentionné dans la quatrième partie, il existe une faible probabilité que certaines personnes offrent des services de médiation en matière de divorce mais que, pour diverses raisons, elles ne souhaitent pas voir leur nom figurer à l'inventaire. Nous nous empressons d'ajouter que cela semble peu probable. Au cours de nos recherches dans les trois territoires d'enquête, nous n'avons pas entendu parler de tels cas.

PRÉSENTATION DES DONNÉES

Ce projet a généré une somme considérable et complexe de données, qu'il est d'ailleurs impossible d'exploiter entièrement dans le cadre d'un rapport descriptif général comme celui-ci. En plus de la quantité de données, un certain nombre de sous-groupes doivent souvent être analysés séparément, comme nous l'avons signalé plus haut. Par exemple, l'étude de la médiation a exigé que nous incluions les requêtes en séparation en vertu de la législation provinciale étant donné qu'elles constituent une part importante de la charge de travail des services de médiation et de counseling des tribunaux, mais qu'elles ne présentent que peu

de lien -- sinon aucun -- avec la partie de ce projet correspondant à l'évaluation des divorces.

Parmi les requêtes en séparation et en divorce, il existe des sous-groupes qui méritent souvent qu'on s'y attarde : les divorces contentieux par opposition aux divorces à l'amiable; la femme se portant partie requérante par opposition au mari requérant; les divorces où il y a des enfants à charge et ceux où il n'y en a pas. Ces sous-groupes, et bien d'autres, se retrouvent dans les quatre territoires d'enquête, avec parfois des différences de procédures ou même de culture. Lorsque nous passons à l'étude des données tirées des entrevues avec les clients, il est évident que nous sommes en présence de deux groupes fondamentaux : celui des femmes à qui la garde des enfants est en général attribuée et celui des hommes qui, en général, ne l'obtiennent pas. En outre, bien que moins nombreux, il y a les cas où l'homme obtient la garde légale et physique des enfants issus du mariage et où la mère en devient le gardien secondaire.

Nous plaçant du point de vue des résultats et de l'évaluation de la médiation en matière de divorce, nous comparons tout au long de cette étude les personnes qui ont suivi des séances de médiation et de counseling en séparation avec celles qui n'en ont pas suivi. Nous devons insister sur le fait que notre recherche n'a pas été faite selon la méthode expérimentale classique qui consiste à commencer par former un groupe "expérimental" et un groupe "témoin". Ainsi qu'il en fait état en détail dans le projet de discussion qui a précédé le présent projet, une telle méthode ne peut pas être utilisée et est contraire à l'éthique dans le cas de services subventionnés par l'État. Dans l'intérêt de la science, nul ne peut se voir refuser ces services. Actuellement, nul ne peut être non plus tenu d'utiliser des services contre son gré. Le problème, commun à toutes les

recherches, est donc la sélection autonome : est-il possible que ceux qui décident de recourir à un service particulier diffèrent beaucoup de ceux qui refusent de s'en prévaloir, et se pourrait-il que les différences observées ne soient pas dues à un facteur autre que le facteur d'essai (la médiation, en l'occurrence).

La manière de contourner cette difficulté consiste à recourir à la conception d'une recherche quasi expérimentale. Le chercheur essaie de contrôler autant de facteurs imprévus qu'il le peut. Dans notre cas, nous savons que ceux qui ont eu recours à la médiation s'en sont mieux tirés financièrement que ceux qui n'y ont pas eu recours. L'écart entre le montant des allocations d'entretien tient donc peut-être au fait que les revenus de celui qui les effectue sont plus élevés et non au fait que le couple a eu recours à la médiation. On "contrôle" donc les revenus et on cherche à savoir si le même écart existe, quel que soit le niveau de revenus. De manière plus générale, au cours de l'analyse des données, nous avons cherché à déceler les autres facteurs pouvant justifier l'écart enregistré entre les requêtes ayant fait l'objet d'une médiation et celles qui n'en ont pas fait l'objet. Il n'en demeure pas moins que sans sélection aléatoire préalable, nous ne pouvons pas être sûrs qu'il y a une relation de cause à effet entre les résultats observés et la médiation.

Toutes les données publiées dans le présent rapport ont été analysées conformément à la version 2.1 du programme SPSSX (Statistical Package for the Social Sciences). Bien que ce programme offre un ensemble varié de procédures multidimensionnelles relativement recherchées, nous nous sommes surtout servis des méthodes plus fondamentales de la fréquence des répartitions, des médianes (condescriptives), de regroupement de tableaux et de ventilation de l'ensemble de l'échantillonnage des cas, ou plus généralement, des sous-fichiers décrits

précédemment. Tous les tableaux sont basés sur des pourcentages, sauf lorsque les médianes sont utilisées. En raison du nombre de sous-fichiers et de ventilations que cette analyse utilise, le nombre de cas sur lequel chaque pourcentage est basé n'est généralement pas fourni. Nous avons cependant fait exception lorsqu'un sous-fichier donné était extrêmement petit et lorsque, à notre avis, des variations de pourcentage pouvaient être trompeuses.

Pour la plus grande partie des procédures, le SPSSX peut très facilement fournir des tests appropriées de signification statistique. Nous les avons utilisés pour les recoupements de tableaux et les ventilations. Cependant, ils ne sont pas présentés dans les tableaux qui suivent et ce, pour plusieurs raisons. La raison principale de cette omission est que les tests de signification statistique sont fondés sur l'hypothèse que l'échantillonnage analysé est un échantillonnage aléatoire d'une population beaucoup plus grande. Leur objet est donc d'indiquer au chercheur la probabilité selon laquelle ses constatations ne sont pas le fait du hasard ou d'une fluctuation de l'échantillonnage et que ces constatations peuvent être généralisées à la population-mère d'où l'échantillonnage a été tiré. Dans ce projet en particulier, le but ou la signification de ces tests ne sont pas évidents puisque, dans la majorité des cas, les différences constatées sont des différences réelles qui ne peuvent être appliquées à une population plus grande; tel serait le cas si on devait considérer par exemple tous les divorces au Canada. Font exception à ces considérations, Montréal et Ottawa, en ce qui concerne les cas de divorces non contestés.

Deuxièmement, dans un rapport de cette nature, même si les tests de signification statistique sont bien utilisés, on court le risque que l'expression "statistiquement significatif" soit

confondue à l'expression "sensiblement significatif". Étant donné que plus l'échantillonnage est grand, plus les variations constatées entre les sous-groupes sont susceptibles d'atteindre un degré de signification statistique acceptable, nous ne pouvons pas présumer que les variations sont également d'une grande importance. Par exemple, dans un très grand échantillonnage, même les variations aussi minimes que 1 p. 100 ou 2 p. 100 peuvent être statistiquement significatives, mais il est évident qu'on ne voudrait pas fonder des changements de politiques sur une si petite variation.

En conclusion, nous voudrions faire remarquer que la recherche en sciences sociales entraîne inévitablement une certaine tension et une part d'insatisfaction qu'il est impossible de dissiper complètement. D'une part, nous avons besoin de solides statistiques systématiques qui nous indiquent en gros quels sont les phénomènes et qui nous permettent dans certains cas de vérifier des hypothèses, comme la découverte de rapports que l'on sait pouvoir généraliser parce qu'ils sont fondés sur un échantillonnage important et représentatif. D'autre part, il est presque impossible à un chercheur de se lancer dans la recherche sociale sans recueillir une somme impressionnante de données descriptives, qualitatives et, parfois, purement subjectives qu'il absorbe à son insu en cours de collecte de données quantitatives. Les données sur les types d'instances sont d'une lecture moins aride, mais elles ne peuvent pas être généralisées et lorsqu'elles sont placées dans le contexte des données quantitatives, elles peuvent être le produit d'une perception sélective. Chacun a tendance à remarquer ce qui est inhabituel et à oublier -- ou à ne pas faire cas -- de ce qui est banal.

Tout cela prend un caractère d'urgence plus aiguë lorsque la recherche doit être effectuée dans plusieurs territoires

d'enquête, que son auteur principal n'est pas sur place et qu'il doit se fier largement aux comptes rendus que lui fournissent les chercheurs sur les connaissances qu'ils ont acquises au jour le jour, en cours de travail. Ce projet a été conçu en tenant compte de cette tension. Comme pour tout autre projet de recherche, son but principal consistait à recueillir des données statistiques de base pouvant être encodées et analysées statistiquement, mais nous avons également cherché à tirer de ces chiffres secs des données qualitatives, voire même subjectives.

Nous avons donc tenté d'obtenir des chercheurs outre des données encodées, leurs impressions, leurs sentiments, leur perception de ce qui se passait, mais qui ne pouvait se traduire en chiffres. Ainsi, en plus de l'Étude des observations, tous les chercheurs ont établi un rapport qualitatif sur leurs entrevues avec les clients. Nous faisons part de leurs impressions dans diverses parties de ce rapport et nous en traiterons plus en plus détail dans des publications ultérieures. Nous passons à présent à la description du processus de médiation.

PARTIE IV : LES PROCESSUS

AVANT-PROPOS

La présente étude porte sur les services de médiation et de consultation offerts par les tribunaux. La première section décrit de façon assez détaillée les trois territoires d'enquête, les différentes façons d'aborder les problèmes que les services de médiation des tribunaux ont adoptées et, enfin, traite de façon générale de certains points du processus ou encore de détails soulevés dans le projet initial. A l'origine, l'étude la médiation en matière de divorce devait se faire dans trois types de communautés très différentes mais, comme on le verra dans les pages qui suivent, les tribunaux de Saskatoon et de St. John's ont beaucoup de points communs en ce qui a trait au nombre de causes dont ils sont saisis et aux services qu'ils offrent. De façon plus particulière, en leur qualité de tribunaux de la famille à juridiction regroupée, ils ont un ressort de taille à peu près identique et il semblerait qu'une grande partie de ceux qui font appel à leurs services jouissent d'une situation économique similaire. Bien que ces deux tribunaux offrent des services de médiation, ceux-ci doivent souvent céder la place à diverses autres activités : l'accueil, les séances d'information, les services de counseling à court terme, les évaluations en matière de garde sur ordonnance judiciaire dont la prestation incombent aussi au personnel de la branche sociale de ces deux tribunaux. D'autre part, le tribunal de Montréal est décrit en détail dans les prochaines pages.

LES TERRITOIRES D'ENQUETE

Tribunal de Montréal

Contexte physique

Le Service de médiation et le tribunal de Montréal, par leur structure et par leur approche, se distinguent des deux autres territoires et services étudiés ainsi que de tous les autres services rattachés aux tribunaux au Canada. Toutefois, la différence la plus marquée, qui constitue une anomalie parmi les tribunaux de la famille, est l'envergure même des activités. En 1985, soit au début de la recherche, la Division de la famille de la Cour suprême à Montréal a entendu environ 516 cas de divorces contestés ainsi que 95 cas de séparation contestés pour un total de 611 cas. Le tribunal a aussi entendu 6 484 cas de divorce non contesté et 2 045 cas de séparation non contestée pour un grand total de 8 529 cas non contestés au regard desquels il a prononcé un jugement conditionnel ou un jugement final de séparation. Au cours de cette période, 15 314 ordonnances de tribunal ont été émises, composées de 3 549 ordonnances provisoires ou ordonnances de modification à l'égard de requêtes contestées, 3 405 ordonnances provisoires et 9 360 ordonnances provisoires ou de modification à l'égard de requêtes non contestées. Si l'on compte les requêtes de jugement irrévocable ou de jugements gracieux (présentées devant un juge en chambre), plus de 44 000 requêtes ont été enregistrées en 1985. Par comparaison, cet immense tribunal traite presque autant de cas en une semaine que les tribunaux de Saskatoon et de St. John's au cours d'une année entière.

Huit salles d'audience ont été cédées à la Cour de pratique de la Chambre de la famille et quatre salles d'audience sont réservées aux audiences de causes familiales traitées pour motifs

de fond. Quatre-vingt-dix juges sont des juges de la Cour supérieure, et la plupart d'entre eux sont régulièrement appelés à juger des causes de droit familial. Ils travaillent par roulement et passent généralement trois mois par année à la division de la famille de la Cour. Ils peuvent indiquer au juge en chef combien de cas de droit de la famille ils veulent entendre et certains d'entre eux sont nommés pour une plus longue période, par exemple, pour 6 mois. Un petit nombre de juges s'occupent principalement du droit de la famille et l'un des juges traite uniquement de ce domaine. Également, un protonotaire spécial entend toutes les requêtes de divorce non contesté relativement aux ordonnances provisoires ou de modification lorsqu'il existe un accord mutuel signé par les deux parties. Ce protonotaire a le pouvoir de sanctionner ces accords.

L'enregistrement des dossiers et des procédures est entièrement informatisé et permet la lecture des cas sur ordinateur. En outre, la plupart des salles d'audience sont équipées d'un système d'enregistrement automatique. Le traitement et le classement des dossiers sont également des activités hautement techniques dont se chargent plusieurs personnes. Le premier niveau du sous-sol du palais de justice ressemble à un vaste entrepôt regroupant de nombreuses pièces tapissées d'étagères où sont rangés les dossiers de cas réglés ou inactifs. Un système de convoyeur transportait ces dossiers d'un service du palais de justice à un autre, mais il n'est plus utilisé depuis que l'on s'est aperçu que des dossiers "minces" tombent parfois du convoyeur et se perdent entre les murs et les plafonds.

Comme on peut s'y attendre, la préparation d'un rôle est une opération très technique et complexe qui exige la coordination et la synchronisation constantes du travail de nombreux techniciens

judiciaires. Chaque matin, des douzaines d'avocats envahissent le comptoir du bureau du "maître du rôle", tous voulant faire préciser la date où leur cause sera entendue, tous faisant valoir certains caractères particuliers de leurs causes et exigeant de se faire entendre. L'endroit ressemble parfois au comptoir de vente de billets d'un grand aéroport, les téléphones sonnant de partout et les écrans d'ordinateur envoyant l'information aux avocats dans la pièce adjacente.

Le tribunal a une allure imposante et intimidante, logé comme il l'est dans un bâtiment de 17 étages comprenant près de 60 services gouvernementaux différents. De ce fait, la première tâche de toute personne qui s'y présente est de savoir s'y diriger. Parfois, la deuxième tâche consiste à trouver son avocat parmi les foules qui circulent dans les corridors menant aux différentes salles d'audience. On a parfois l'impression de se trouver dans une gare d'autobus ou une station de police par une nuit agitée.

Avant 1982, des audiences publiques étaient tenues et les gens attendaient dans les salles d'audience. Aujourd'hui, les audiences se font à huis clos, l'espace des salles d'audience n'est pas utilisé à pleine capacité et les corridors sont bloqués par des gens qui fument, qui font nerveusement les cent pas ou qui sont assis à côté de leur avocat pour régler certains détails de dernière heure. Certains avocats discutent amicalement tandis que d'autres courent d'une salle d'audience à une autre pour régler différentes causes. L'atmosphère des salles d'attente devient parfois chargée d'hostilité lorsque le tribunal ajourne la séance et que les parties adverses se retrouvent à déambuler dans le même corridor, à quelques pas l'une de l'autre. Souvent l'atmosphère est lourde de colère et toutes sortes de drames s'y jouent quotidiennement.

Contexte juridique

Les juges semblent chercher continuellement des moyens de définir ce que sous-tend la notion des meilleurs intérêts de l'enfant. Les juges auxquels nous avons parlé ou que nous avons observés dans les causes de garde d'enfants semblaient tous reconnaître l'importance, pour l'enfant, de rester en contact avec les deux parents et la plupart d'entre eux s'efforçaient de souligner ce point aux parents. Ils semblaient très conscients de l'importance d'établir un climat de tolérance et de conciliation entre les parents et ils l'ont prouvé en cour en encourageant les parties à mettre de côté leur hostilité afin de mieux collaborer pour le bien de leurs enfants.

Nous avons également constaté que certains juges réprimandent les avocats dont les stratégies ne font qu'envenimer la situation. Ils essayent de leur faire comprendre qu'ils doivent tenir compte non seulement des intérêts de leurs clients, mais également des intérêts communs de la famille. Certains juges cherchent à convaincre les deux parents qui se disputent la garde des enfants que le jugement ne sera pas prononcé en fonction des mérites des parents, mais en fonction des besoins des enfants. Parfois, l'attitude des juges semble nettement contraster avec celle des avocats qui s'acharnent à diminuer la crédibilité et la compétence de l'autre partie.

Un autre critère apparemment reconnu par les juges concernant les meilleurs intérêts de l'enfant se rapporte à la création d'un climat de stabilité dans la vie de l'enfant. Cela apparaît plus nettement dans les causes où l'un des parents conteste la garde longtemps après qu'une ordonnance provisoire a été rendue ou que le parent a eu "de facto" la garde de l'enfant. Dans ces cas, le tribunal modifie rarement la responsabilité de la garde. Lorsque la question de la garde était au début

incontestée, le tribunal assume généralement que la décision initiale était équitable et qu'elle reflétait le mieux possible les intérêts de l'enfant. Il n'examinera que l'évolution de la situation depuis le règlement d'origine. D'après ce que nous avons observé, il ne suffit pas d'établir que l'autre parent est maintenant en mesure de prendre soin de son enfant; en fait il est nécessaire d'apporter des preuves solides contre le parent qui a la garde de l'enfant. Dans les cas contestés, peu d'efforts sont consacrés à vérifier la qualité des accords signés par les parties en ce qui concerne la garde ou le droit de visite. C'est plutôt l'accord sur l'allocation d'entretien qui fait l'objet d'un examen plus rigoureux. Le tribunal s'assure que les maris versent un montant suffisant dans les cas où l'épouse est bénéficiaire de l'aide sociale.

Lorsque la garde et le droit de visite sont en litige et qu'on a recours à des experts pour décider lequel des parents est le plus apte à satisfaire aux besoins des enfants, les juges semblent accorder une importance considérable aux recommandations des experts et ils s'y conforment généralement. Il appartient alors aux experts en sciences humaines de déterminer ce qui constitue les meilleurs intérêts de l'enfant.

Service de médiation à la famille

Le premier service de médiation de la province de Québec a été établi à Montréal en février 1981. Au début, il s'agissait d'un projet témoin du district judiciaire de Montréal. En raison de l'importance et des conséquences de la médiation, de nombreux organismes ont joué dès le début un rôle à cet égard :

- Le ministère de la Justice du Québec;
- Le ministère des Affaires sociales;
- Le Barreau de Montréal;
- Le sous-comité de l'exercice du droit de la famille du Barreau de Montréal;

- Le centre d'aide juridique communautaire de Montréal; et
- Le centre des services sociaux du Grand Montréal.

Ces organismes ont établi des procédures précises en matière de médiation et ont conféré au Centre des services sociaux du Grand Montréal le mandat d'établir le Service de médiation à la famille (SMF). Le SMF est devenu un programme permanent le 1er avril 1984.

Le SMF est un service public entièrement financé par l'État qui est situé dans le nouveau palais de justice du Vieux Montréal. Bien qu'il s'agisse d'un service rattaché au tribunal, il est indépendant de ce dernier en ce sens que le mandat donné au médiateur provient du couple. Le SMF doit rendre compte en premier lieu à ses clients. Ce service est à la disposition de tous et il est offert gratuitement et indépendamment de la situation économique, pourvu que l'un des conjoints réside dans le district judiciaire de Montréal. La priorité est donnée aux couples avec enfants. Les objectifs généraux du Service ont deux volets :

a) aider les couples à éviter des séparations inutiles et réduire les effets des séparations éventuelles; et

b) aider les couples à en arriver à un accord juste et équitable en matière de garde d'enfant, de droit de visite, d'allocation d'entretien, et de séparation des biens.

Ce modèle se distingue encore par son caractère "privé". Cela signifie que rien de ce qui est dit ou écrit au cours du processus de médiation ne peut servir de preuve devant les tribunaux, sauf si les deux parties y consentent. Autrement dit, le médiateur ne peut pas être tenu de témoigner en cour. Les personnes qui travaillent dans ce Service pensent que le succès de la médiation est attribuable à son caractère privé et

confidentiel. Étant donné que le recours à la médiation est volontaire, les parties concernées peuvent se retirer du processus à n'importe quel moment.

Le modèle est décrit comme étant "pluridisciplinaire" et la méthode est dite "systémique". La présence permanente d'un avocat qui offre des conseils juridiques aux médiateurs et aux couples pendant le processus de médiation est un aspect important du SMF et l'une des caractéristiques qui font que le système de Montréal est unique au Canada. L'avocat est nommé par le Centre communautaire d'aide juridique de Montréal et son mandat est arrêté par le président du Barreau de Montréal. En outre, le SMF encourage la participation de diverses professions au cours du processus de médiation. Les couples sont encouragés à consulter, s'il y a lieu, différents experts. Une autre caractéristique du SMF de Montréal a trait à ce qu'on appelle la "médiation globale" : les médiateurs aident les couples à négocier non seulement la garde de l'enfant et le droit de visite, mais également les questions d'allocation d'entretien et de partage des biens.

Actuellement, le personnel se compose de six médiateurs (3 femmes et 3 hommes), d'un agent de liaison, d'un coordonnateur, d'un avocat-conseil et d'une secrétaire. Le personnel est multilingue et multi-culturel. La médiation peut être faite en français, en anglais, en italien ou en espagnol. Tous les médiateurs et l'agent de liaison sont des professionnels de la santé mentale, soit des travailleurs sociaux professionnels, soit des psychologues qui ont tous beaucoup d'expérience en dynamique familiale. Tous ont suivi un programme intensif en thérapie familiale ou en counseling matrimonial, et la théorie des systèmes est largement acceptée en tant que moyen permettant de comprendre le comportement individuel et familial. Tous ont travaillé pendant un certain nombre d'années dans le domaine du counseling familial ou individuel. En outre, certains médiateurs

ont suivi une formation chez M. John Haynes de l'Académie américaine des médiateurs familiaux tandis que d'autres ont été formés en privé par une médiatrice qui a elle-même reçu sa formation auprès de M. Haynes.

Les médiateurs et l'avocat se réunissent régulièrement pour échanger toutes sortes de renseignements -- fiscaux, financiers, juridiques, etc., et pour en discuter. L'avocat-conseil est engagé à diverses étapes d'une cause et on peut lui faire appel pour obtenir des précisions sur les conséquences juridiques d'une situation donnée. Il y a consultation suivie entre certains médiateurs et l'avocat-conseil au sujet de questions pratiques et de méthode d'intervention.

Les médiateurs doivent bien connaître le droit de la famille et le processus judiciaire pour pouvoir travailler auprès des couples à l'intérieur des paramètres du système juridique et pour savoir reconnaître les cas à soumettre aux avocats qu'auront retenus les clients. En raison de leur expérience des questions financières, les médiateurs connaissent également les procédures comptables et ont une compréhension générale du droit fiscal. Toutes ces connaissances leur permettent d'aider les clients à établir des budgets réalistes et à s'occuper de leurs biens et de leurs dettes.

Entre 1981 et 1985, le SMF a traité environ 1 400 cas. Nous signalons aux fins de comparaison que, au cours de cette période, environ 60 000 nouveaux cas matrimoniaux ont été enregistrés au tribunal de Montréal. En d'autres mots, environ 2,3 p. 100 du volume de travail total du tribunal a été touché d'une certaine manière par le Service de médiation. Au cours de la période étudiée (novembre 1984 à septembre 1985), le Service a traité 272 cas de médiation, 82 étant ce qu'on appelle des consultations en matière de prise de décision et des cas de "pré-médiation". Bien

que le SMF soit principalement axé sur la médiation, il offre un certain nombre d'autres services. Parmi ceux-ci, l'accueil revêt une importance particulière.

Accueil

La responsabilité de l'agente de liaison chargée de l'accueil a deux volets. Elle s'occupe de l'accueil pour le Service d'évaluation psycho-sociale ainsi que pour le Service de médiation à la famille. Elle est responsable auprès du tribunal et est constamment appelée par les juges à témoigner dans le cas d'enquêtes sur la garde des enfants. Au SMF, ses fonctions consistent à recevoir tous les appels téléphoniques et à les acheminer aux services appropriés, à classer au moment de l'appel toutes les requêtes de médiation, à inviter les couples à des séances d'information de groupe tenues chaque semaine et à participer avec un médiateur à l'animation de ces séances d'information et d'accueil. En ce qui concerne les causes soumises aux tribunaux -- les causes référées par un juge ou par les avocats après le début des procédures -- les clients et leurs avocats respectifs sont reçus immédiatement par un médiateur ou par l'agent de liaison pour une entrevue initiale. En général, le SMF exige que les deux époux viennent de plein gré au Service et au moins l'un d'eux doit avoir pris la décision de se séparer. La requête doit être faite conjointement pour qu'elle ait un minimum de chance de succès. Lorsque seulement un des époux demande le service d'un médiateur, il ou elle a la responsabilité de faire venir l'autre conjoint.

En moyenne, 10 couples assistent à la séance d'accueil de groupe. On constate une nette différence entre le comportement des couples au début et à la fin de la séance. Au début, les couples restent souvent immobiles, muets, ne se regardant pas. À la fin, ils ont l'air plus détendus, ils bougent un peu, se

tournent l'un vers l'autre et échangent des renseignements. La présentation initiale est en soi assez structurée. Au début, pour détendre un peu l'atmosphère on parle un peu en attendant que tout le monde arrive. Des brochures sont distribuées. Le médiateur et l'agente de liaison commencent la réunion en expliquant brièvement leurs rôles respectifs. Après avoir demandé aux couples comment ils ont appris l'existence du Service, ils décrivent les objectifs et la structure de la réunion. Ils précisent qu'ils ne sont pas là pour offrir des renseignements juridiques et leur recommandent plutôt d'obtenir ce genre de renseignements auprès de leur avocat. Ils avisent également les couples que l'avocat du Service est à leur disposition pour leur fournir ce genre de renseignements.

La médiation est présentée à titre d'option offerte aux couples qui désirent réduire le plus possible les effets négatifs de la séparation. L'accent est mis sur la capacité des gens de prendre des décisions concernant leur propre vie et celle de leurs enfants, sur une communication efficace entre le couple et sur la négociation d'un accord qui répondra aux besoins de tous les membres de la famille. On présente ensuite un vidéo sur la médiation. Ce vidéo décrit les différentes étapes du processus de médiation à l'aide d'un scénario imaginaire. Une période de questions y fait suite. Les couples sont informés des limites de la médiation ainsi que de la maturité et des efforts dont il faut faire preuve pour en assurer le succès. De nouveau, on souligne que la médiation est une option qui ne convient pas à tous. Les participants sont invités à transmettre leurs commentaires par écrit à la fin de la séance et à présenter une demande de service s'ils le désirent.

Les commentaires des participants sont généralement positifs; ceux-ci reconnaissent la précision de l'information, le caractère humain de la séance et le climat de confiance qui y

règne. La plupart des questions posées ont trait au rôle de l'avocat dans la médiation et au processus de légalisation d'un accord. Il est intéressant de noter que certains ne croient pas que le Service devrait insister sur l'importance de consulter un avocat, étant donné, soulignent-ils parfois, que la médiation a justement pour objet d'éviter de traiter avec un avocat.

A notre avis, la réunion du groupe semble avoir en soi un effet thérapeutique sur les participants; elle les rend plus conscients du fait que d'autres couples connaissent les mêmes difficultés qu'eux. Elle facilite et encourage l'échange entre les couples et leur donne l'espoir que leurs conflits seront résolus de bonne foi. Les membres du SMF soulignent également que l'accueil en groupe fait gagner du temps à l'agente de liaison, qui devrait autrement rencontrer à titre individuel les clients. Les médiateurs ont en outre remarqué que depuis l'introduction de ce nouveau système d'accueil, la sélection des clients possibles s'effectue de façon plus minutieuse, ce qui leur économise du temps pendant la première entrevue; ils n'ont pas à donner une séance d'information détaillée et peuvent passer plus de temps à évaluer la situation particulière de chaque couple.

Dans certains cas, il faut aider les personne individuellement à prendre une décision relative à la rupture de leur mariage. L'agente de liaison offre parfois elle-même ce service au cours d'une ou deux entrevues, ou soumet le cas au coordonnateur qui le confie à un médiateur. On établit alors un dossier de "prise de décision" et non un dossier de médiation. Le but du service offert est d'aider les familles à éviter des séparations inutiles. On aidera le couple ou l'un des conjoints à "examiner de façon exhaustive toutes les possibilités qui lui sont offertes afin de vérifier la viabilité du lien matrimonial". Si l'on choisit la réconciliation et si le couple désire

entreprendre des séances de counseling matrimonial, on lui indique un service approprié du secteur public ou privé.[62] Lorsqu'on opte pour la rupture du mariage, les deux époux peuvent, s'ils le désirent, s'adresser à un autre médiateur pour suivre des séances de pré-médiation ou de médiation comme tel.

Counseling préalable à la médiation

Bien qu'il ait été inclus dans le protocole d'entente entre le tribunal et le Centre des services sociaux, le counseling à court terme en matière de divorce n'a jamais été offert par le SMF. Le Centre des services sociaux a fait valoir que ce genre d'aide était déjà fourni par un autre bureau et qu'il fallait éviter le double emploi. Toutefois, les médiateurs se sont rendu compte qu'une certaine aide qui n'est ni de la médiation ni du counseling est souvent nécessaire.

De nombreux couples viennent au SMF avant d'avoir eu recours à des services de counseling en matière de divorce. On constate parfois au cours de la première entrevue que l'une ou l'autre partie n'est pas tout à fait disposée à négocier ou à participer au processus de médiation, même lorsqu'elle a exprimé le désir de le faire. Lorsque des conflits émotifs faisant obstacle au processus de médiation sont relevés, le médiateur offre des services de pré-médiation. Ceux-ci consistent en une ou deux entrevues, conjointes ou individuelles, selon les besoins exprimés, au cours desquelles le médiateur cherche à aider le conjoint visé à accepter la décision de mettre fin au mariage; ils amorcent ainsi la séparation émotive. Parfois l'objectif est d'aider le couple à décider qui va quitter le domicile et de quelle manière cela se fera.

La pré-médiation est une nouvelle méthode qui a vu le jour en juillet 1985. Entre juillet et septembre 1985, on ne comptait

que quelques dossiers de pré-médiation (5 cas) et la démarcation entre la pré-médiation et le counseling en vue du divorce n'était pas très claire. Les médiateurs doivent constamment définir et mettre au point leur intervention en matière de pré-médiation. Il n'existe pas de critères rigoureux permettant de classer les cas de médiation ou de pré-médiation et les médiateurs doivent faire appel à leurs connaissances des différents genres de couples et des diverses stades d'émotivité de la séparation pour décider si la pré-médiation est nécessaire.

Processus de médiation

Le service de médiation est offert aux couples à n'importe quelle étape du processus de séparation. Certains conjoints assistent aux séances de médiation tout en continuant de cohabiter, tandis que d'autres sont déjà séparés depuis un certain nombre d'années. Environ la moitié des couples ont déjà consulté un avocat avant d'avoir recours à la médiation. Les couples peuvent également se trouver à différentes étapes de la procédure judiciaire; certains consultent le Service à la suite d'une décision du tribunal tandis que d'autres couples n'ont pas encore entamé de procédures.

Pendant la première étape de la médiation, le médiateur évalue habituellement la mesure dans laquelle le couple est disposé à participer à la médiation. Il détermine avec eux les questions précises devant faire l'objet d'une médiation. Ces questions sont déterminées conjointement par le couple et le médiateur. Lorsque le couple cherche à parvenir à un premier accord à l'égard de toutes ces questions, on l'encourage à les inscrire dans le contrat de médiation, même si un certain nombre d'entre elles ont déjà été réglées. L'examen de tous ces points s'avère nécessaire parce que les couples n'ont généralement pas considéré ou prévu tous les aspects ou toutes les conséquences

possibles des dispositions qu'ils ont prises et ils peuvent, en fin de compte, vouloir modifier certains détails ou avoir besoin d'aide pour formuler plus clairement leurs intentions.

Comme l'ont appris les médiateurs, et comme nous l'avons observé, une déclaration d'entente sur un sujet précis au début de la médiation peut parfois résulter d'une perception erronée des attentes ou de l'engagement de l'autre partie. Il peut s'agir de la manifestation du désir de vouloir s'entendre plutôt que d'une entente véritable. Il arrive souvent qu'un des conjoints, fort d'avoir exprimé ses besoins, n'accepte plus certains points que l'autre pensait déjà résolus.

Dans un premier temps, le médiateur explique les règles de base qui régissent le processus de médiation et établit un "contrat" entre le Service et les clients. Il demande aux conjoints de consulter leurs avocats respectifs et insiste sur l'importance de connaître leurs droits. Le médiateur donne également aux conjoints des formulaires de budget à remplir dans les cas où l'aspect financier doit faire l'objet d'une médiation.

De l'avis des médiateurs, cette première étape est cruciale parce qu'elle permettra, du moins l'espère-t-on, d'effectuer un certain nombre de tâches. D'abord, les médiateurs prennent en main la conduite du processus et établissent un climat de confiance et de collaboration en faisant preuve de respect envers les deux clients et en leur prêtant une attention et une déférence égales. Deuxièmement, c'est au cours de cette étape qu'est offerte l'assurance que les difficultés à venir seront surmontées. Troisièmement, le médiateur essaie de diminuer la complexité de la situation en la traduisant en éléments plus faciles à traiter et enfin, il assure le couple que toutes leurs préoccupations seront prises en considération et traitées l'une après l'autre. Cette étape donne au médiateur l'occasion de

rappeler au couple qu'il est possible de conclure des accords partiels temporaires et de les réviser au cours du processus. Tous ces éléments contribuent à réduire la confusion et l'anxiété souvent ressenties et manifestées par les époux qui se séparent.

Les médiateurs invitent les couples à exprimer leurs pensées et sentiments sur la séparation, à présenter leurs points de vue sur la manière dont la décision de se séparer a été prise. Ils étudient leurs perceptions concernant leur mode de communication et évaluent en même temps leur manière habituelle de communiquer. Les modes de communication non fonctionnels sont découragés de manière subtile, sans blâmer l'un ou l'autre des participants. Au contraire, d'après ce que nous avons constaté, les médiateurs font beaucoup d'efforts pour renforcer le sentiment d'estime de soi des deux conjoints. Ils le font en leur indiquant tout comportement positif manifesté au cours de la ou des séances, en soulignant les progrès qui sont réalisés en vue d'un accord et en donnant l'espoir qu'il est possible d'en accomplir encore plus, c'est-à-dire qu'un accord pourra être conclu sur des points non encore résolus.

A la fin d'une première entrevue, le médiateur s'est généralement fait une idée de la façon dont il traitera le cas, aura déterminé si celui-ci peut faire ou non l'objet d'une médiation, si le couple a besoin de séances de pré-médiation ou si l'on peut entreprendre directement le processus de médiation. Il arrive aussi parfois que le couple revienne sur sa décision de se séparer et qu'il cherche à se réconcilier. Toutefois, une grande proportion de ces couples reviennent à la médiation au bout d'un certain temps, ce qui incite les médiateurs à conclure qu'il n'est pas vraiment possible d'aider les couples à se réconcilier une fois qu'ils ont décidé de se séparer. L'insuffisance des services publics de consultation matrimoniale dans la communauté réduit également les chances de réconciliation

à long terme des couples qui pourraient bénéficier de tels services.

Un médiateur a déclaré qu'il avait l'habitude de refuser d'offrir la médiation aux couples qui, à son avis, ne manifestaient pas le désir réel de se réconcilier. Si le couple insistait pour obtenir des services de médiation, il leur demandait de s'adresser à un autre médiateur. Dernièrement, il a changé d'avis et il accepte de voir ces couples parce qu'il estime maintenant que la médiation est utile, que le couple décide ou non de se réconcilier. Toutefois, il examine soigneusement avec eux tout doute pouvant subsister dans leur esprit.

Un autre médiateur considère la séparation et le divorce comme une catastrophe du point de vue humain, social, psychologique et financier. Il déploie beaucoup d'efforts pour aider à consolider l'unité familiale après le divorce et à renforcer les relations parents-enfants après la rupture du mariage. Il fait comprendre aux couples qu'il est normal, dans les circonstances, de voir apparaître certaines réactions inattendues ou de graves conflits émotifs. D'autres médiateurs semblent considérer la séparation de manière plus positive, comme le début d'une nouvelle vie. Ils ont tendance à communiquer cette perspective à leurs clients et à les encourager à considérer l'avenir avec espoir et à commencer d'envisager la façon dont ils referont leur vie.

Comme nous l'avons constaté, les médiateurs sont très prudents en ce qui concerne les prédictions relatives à l'évolution d'une cause. L'expérience a démontré qu'il fallait s'attendre à tout. Ils s'occupent de situations concrètes et actuelles, prenant les choses au jour le jour, puisqu'ils ont souvent constaté des renversements soudains de l'attitude d'un

des époux en proie aux diverses phases d'émotivité. Autrement dit, un cas qui semble être très facile à résoudre au début peut se révéler très difficile en fin de compte et vice-versa.

Possibilités de médiation des cas

Néanmoins, avec le temps, les médiateurs ont relevé un certain nombre de facteurs qui traduisent de meilleures probabilités d'aboutir à un règlement par la médiation :

- une certaine acceptation de la rupture du mariage par les deux conjoints;
- un minimum de maturité et la capacité d'évaluer la situation de manière objective;
- la capacité de tirer profit des expériences passées- pour s'épanouir et aller de l'avant. (En général, lorsque l'un des conjoints a cette capacité, il est possible d'aider le couple à s'entendre sur des points ayant fait l'objet de vives contestations);
- la volonté de parvenir à un accord;
- un minimum de confiance dans l'autre conjoint;
- une certaine réceptivité et le sens du moment opportun; (un médiateur a constaté que les causes les plus contestées ne sont pas nécessairement les plus difficiles à résoudre; la polarisation des points litigieux ne traduit pas nécessairement une impasse. Il peut exister une grande divergence d'opinions sur un ou plusieurs points ou même des circonstances graves de harcèlement ou de brutalité, par exemple. Lorsque les conjoints ont atteint le point où ils ont suffisamment souffert et qu'ils ont épuisé tous les moyens à leur disposition pour résoudre leurs problèmes, ils sont plus réceptifs et ils sont prêts à étudier de nouvelles possibilités en vue de faire disparaître leurs tensions et de résoudre leurs conflits).

Causes contestées : les opinions des médiateurs

Par conséquent, les causes varient en fonction des difficultés. En fait, les causes contestées -- celles qu'il est difficile ou impossible de traiter sans une certaine pré-médiation -- sont définies par les médiateurs de diverses manières :

- "Une cause contestée est une cause judiciaire en instance; la plupart des causes traitées devant les tribunaux sont des causes contestées, notamment les jugements contradictoires";

- "Il y a cause contestée lorsque les valeurs morales ou religieuses des parents diffèrent de façon importante; cela entraîne des conflits à l'égard du droit de visite";

- "Il y a cause contestée lorsque l'un des parents ne manifeste aucun intérêt envers son ou ses enfant(s); cela entraîne l'absence d'intérêt pour les droits de visite";

- "Il y a cause contestée lorsqu'il règne un climat de peur et de violence";

- "Il y a cause contestée lorsque l'un des conjoints n'a aucune confiance en les capacités de l'autre conjoint de s'occuper des enfants; cela entraîne des conflits concernant le droit de visite et l'allocation d'entretien";

- "Il y a cause contestée lorsque le conjoint qui estime être abandonné pour une autre personne manifeste un fort désir de vengeance. Cela donne souvent lieu à l'impossibilité d'en arriver à un compromis à l'égard de la séparation des biens";

- "Il y a cause contestée lorsque les conjoins ont déjà pris une décision et que leurs positions sont aux extrêmes";

- "Une cause contestée est souvent associée à des problèmes familiaux multiples déjà soumis aux services sociaux ou au Service de protection de la jeunesse";

- "Il y a cause contestée lorsque les conjoints ne s'entendent pas sur les procédures à suivre, l'un veut le divorce et l'autre une séparation";

- "Il y a cause contestée lorsque les parents se disputent la garde des enfants";

- "Il y a cause contestée lorsque les conjoints ne peuvent s'entendre sur un principe de base en vue de la séparation des biens";

- "Il y a cause contestée lorsqu'il semble exister la volonté de mettre fin au mariage, mais que cet accord n'est pas sincère; cela entraîne un pseudo-accord qui peut être détruit à n'importe quel moment".

La deuxième phase de la médiation est axée sur les besoins des enfants et sur la question de leur hébergement. Cette étape est principalement axée sur la garde et le droit de visite et sur ce qui touche aux meilleurs intérêts de l'enfant. Les médiateurs s'entendent pour dire qu'ils traitent rarement de causes où la garde est officiellement contestée. Lorsque les parents abordent la médiation, ils savent généralement avec qui les enfants vont vivre. Ils prennent la décision et le médiateur la respecte. Le médiateur insiste pourtant sur l'avantage que représente pour l'enfant la garde partagée et le fait que les deux parents prennent conjointement les décisions qui toucheront la vie de leurs enfants. Comme nous le verrons dans la cinquième partie, le règlement vise généralement la garde conjointe.

Tous les médiateurs estiment que l'enfant doit avoir libre accès à ses deux parents. Toutefois, leurs opinions varient concernant la nature de la garde physique. Certains pensent qu'une fin de semaine ou deux plus un jour ou une nuit par semaine constitue un très bon arrangement, tandis que d'autres croient au partage égal du temps que l'enfant passe avec chaque parent. Par conséquent, la politique consiste à ne pas imposer d'arrangements physiques précis mais, en général, d'accepter les arrangements proposés ou existants des parents. Lorsque des

arrangements ont été pris avant la médiation, le médiateur demandera aux parents d'expliquer comment ils en sont arrivés à cet accord et ce qu'ils entendent par les meilleurs intérêts de l'enfant. Lorsque les parents n'ont pas pris de décision, les médiateurs s'efforcent de les aider à évaluer la nature de leur relation avec les enfants et à découvrir les besoins d'un enfant particulier. Ils tâchent également de faire la distinction entre les besoins de l'enfant et ceux des parents et de déterminer les sentiments et besoins réels de l'enfant par opposition à sa réaction à la séparation. Enfin, les médiateurs présentent aux parents les divers arrangements de garde possibles à la suite de la séparation.

Médiation des questions financières

Comme on l'a noté précédemment, l'une des caractéristiques uniques du SMF est que les médiateurs traitent les questions financières autant que les questions de garde et de droit de visite. En fait, dans l'esprit des médiateurs, la pension alimentaire ne peut être dissociée des décisions prises sur la garde et le droit de visite. Dans le domaine des finances, le SMF a pour politique d'offrir la médiation relative à la séparation des biens ainsi qu'à l'allocation d'entretien. L'objectif est de donner aux clients l'occasion de rendre leur séparation définitive et de régler tous les problèmes.

La médiation des questions financières suit un modèle très structuré. Le SMF utilise ses propres formulaires de rapports financiers. Ces formulaires sont distribués aux conjoints vers la fin de la première entrevue. Les clients doivent les remplir eux-mêmes, chez eux, du mieux possible et ils doivent se consulter et s'entraider dans cette importante tâche. On les incite à demander l'aide d'une troisième partie au besoin. Tous les biens et les dettes doivent être révélés et énumérés, et le

couple doit également établir un budget basé sur ses revenus et dépenses actuels. Un budget relatif aux dépenses des enfants est également dressé. Toutefois, ce qui rend le service unique, c'est que la première décision prise ayant trait aux questions financières se rapporte au partage des biens.

C'est notamment dans ce cadre l'avocat du Service joue un rôle important. On lui demande d'expliquer aux clients les conséquences juridiques de leur contrat de mariage et la signification de différents termes juridiques. Il répond à leurs nombreuses questions sur la façon de déterminer la valeur de certains biens et fournit d'autres renseignements sur le partage des biens. Lorsque le couple ne sait pas qui va conserver le domicile conjugal, le médiateur peut demander aux conjoints d'établir deux budgets différents, l'un comme s'ils vivaient au domicile conjugal, l'autre comme s'ils vivaient en appartement. En d'autres termes, tous les efforts sont faits pour aider le couple à mieux comprendre les différentes options possibles ainsi que leurs ressources et leurs besoins financiers.

Si la décision de vendre la maison a été prise, on invite instamment les conjoints à obtenir auprès des experts appropriés les renseignements dont ils ont besoin pour déterminer comment s'effectuera le partage des biens. Une fois qu'ils disposent de toute l'information nécessaire, ils déterminent le principe de partage à suivre. Les médiateurs utilisent à cette fin un tableau à chevalet où ils additionnent et soustraient les actifs et les dettes de chaque conjoint en fonction des chiffres et des estimations fournis par le couple. Cette procédure facilite le calcul du total de l'actif net à partager entre les deux selon le principe d'équité de leur choix. Là encore, le médiateur aide le couple et l'encourage à ne pas prendre la loi au pied de la lettre. Il les amène à définir, compte tenu de leurs droits, leur propre principe d'équité fondé sur les besoins de tous les

membres de la famille, le sens des responsabilités et la bonne volonté des conjoints. L'un des éléments essentiels à la réalisation de l'entente semble être la qualité de la communication entre les conjoints à ce moment-là. Le médiateur s'est constamment efforcé d'améliorer la communication entre eux. Plus cette communication est directe, moins il y a de chances de transformer ce qui a été dit ou de mal interpréter les intentions.

La négociation commence une fois le principe d'équité établi. Le médiateur passe en revue avec l'avocat toutes les conséquences possibles des divers moyens de partager les biens. Le médiateur et l'avocat peuvent se consulter entre les sessions pour mettre au point des stratégies qui aideront le couple à atteindre un compromis et à parvenir à un accord satisfaisant en matière de partage des biens. Ils discutent de l'équilibre du pouvoir de négociation du couple et s'efforcent de trouver des moyens de le rendre plus équitable.

Le montant de l'allocation d'entretien est calculé en fonction des besoins d'une part et de la capacité de payer de l'autre part, en tenant compte du partage des biens. Dans le cas où les parents partagent la garde de leurs enfants, ils partagent généralement les dépenses quotidiennes qui se rapportent aux enfants en fonction du temps passé avec chacun d'eux. Les dépenses exceptionnelles seront calculées en proportion du revenu de chaque parent. Dans le cas où les deux parents travaillent et qu'un d'eux a la garde physique des enfants, l'ensemble des dépenses pour les enfants sera partagé proportionnellement au salaire de chaque parent.

Le soutien financier des enfants est une obligation légale pour les deux parents et, par conséquent, on tient compte dans la médiation du fait que le montant de l'allocation d'entretien est

déterminé par ce qui se produit généralement au tribunal. Par conséquent, les hommes n'ont pas d'autre choix que de payer et de le faire dans les limites de montants qui seront probablement jugés équitables par le tribunal. L'incertitude du règlement juridique concernant l'allocation d'entretien motive le couple à décider ce qui est équitable pour les deux parties dans le cadre des paramètres établis par la loi. Le processus structuré visant à établir le montant de la pension est le suivant : les deux conjoints dressent chacun leur propre budget et le montrent à l'autre conjoint et au médiateur. Chaque budget fait ensuite l'objet d'une discussion ou de critiques de la part de l'autre conjoint. Une fois que les budgets ont été ajustés et acceptés, on calcule le montant exact de l'allocation d'entretien.

Là encore, le médiateur utilisera le tableau-chevalet pour calculer le revenu total net de chaque conjoint. L'avocat intervient dans les situations particulièrement difficiles, mais les médiateurs sont généralement capables de faire eux-mêmes ces calculs, et ils peuvent vérifier les budgets établis auprès de leurs comptables. Les déclarations d'impôts sur le revenu et les talons de chèques sont utilisés pour évaluer les revenus. Les médiateurs utilisent des tables d'impôt pour estimer les répercussions fiscales des différents montants d'allocation d'entretien pour les deux conjoints, en fonction du revenu de base du conjoint qui paie l'allocation. Ces tables, créées par un cabinet comptable important, ont été mis à la disposition de l'Aide juridique en 1984 et apportées plus tard au SMF par l'avocat-conseil.

Imbrication des questions

Les différentes étapes de ce modèle de médiation totale se chevauchent et il y a souvent une interrelation entre les différents éléments étudiés. La situation de la famille qui se

sépare est complexe et les éléments psycho-sociaux sont étroitement liés aux éléments financiers et juridiques. Les parents désirent connaître les conséquences fiscales et juridiques des différentes dispositions relatives à la garde, et les décisions concernant le domicile de la famille et la division des meubles sont étroitement associés aux questions de garde des enfants. Le calcul du montant de l'allocation d'entretien tient compte du temps passé par les enfants chez chaque parent. Lorsque la question des finances est discutée, la situation d'une femme devant se recycler pour se lancer sur le marché du travail est évaluée simultanément avec ses responsabilités envers ses enfants.

Lorsqu'une entente concernant les aspects financiers ne peut être conclue, il est fréquent que l'entente relative à la garde et au droit de visite se trouve en même temps compromise. Les couples en conflit sont souvent portés à utiliser les enfants comme effet de levier dans le processus de négociation des aspects financiers. Le médiateur doit aider le couple à établir une distinction entre ces deux questions et axer la priorité sur les meilleurs intérêts des enfants.

Au SMF, la médiation est un processus qui vise un objectif bien défini. Le but ultime est de dresser un protocole d'entente sur les points de litige identifiés par le couple et le médiateur. Les couples ont tendance à s'éloigner de ce but, d'une part parce qu'il est perturbant de traiter ces sources de conflit et, d'autre part, parce qu'il est difficile de supporter le fardeau émotionnel que cause la rupture d'une famille. Bien que les médiateurs respectent le rythme établi par le couple, ils leur rappellent constamment le travail à accomplir. Certains couples tardent à prendre les mesures qui s'imposent parce qu'ils veulent éviter le désagrément de la décision finale. Le médiateur, lors d'une cause que nous avons observée, nous a fait

penser à un capitaine dirigeant un petit bateau sur une mer houleuse, guidant calmement et sûrement à destination des passagers en proie de temps à autre à la panique, enclins à oublier la direction à suivre et semblant vouloir se borner à fermer les yeux et à crier. Le "capitaine" continuait d'attribuer des responsabilités à chacun d'eux pendant le voyage, notamment les tâches concernant les décisions relatives au droit de visite et à l'allocation d'entretien.

Dans un autre cas, le médiateur semblait travailler davantage à un autre niveau, c'est-à-dire à aider les conjoints à surmonter le conflit émotionnel et leurs difficultés à communiquer. Le médiateur a tenu des entrevues avec la famille au complet et a travaillé à restructurer la dynamique familiale. Il a attribué différentes tâches à chaque membre de la famille, tel que remplir les formulaires de budget, discuter de la garde physique, etc., mais les clients n'accomplissaient pas les tâches. Toutefois, une fois que le médiateur les a aidés à vaincre les obstacles émotionnels qui empêchaient le couple de travailler aux questions à résoudre et à adopter des modes de communication plus fonctionnels, les conjoints ont pu se libérer de l'influence de certains membres de la famille et faire usage de leur propre pouvoir de décision. Ils parvinrent rapidement à une décision sur la garde et le droit de visite et le partage des biens. Dans ce cas, le médiateur a été capable, malgré les points en litige, d'aider les ex-conjoints à parvenir à une entente qu'ils pouvaient considérer comme étant la leur.

Par conséquent, les médiateurs travaillent simultanément à résoudre les questions de finance, de garde et de droit de visite ainsi qu'à défaire et à restructurer les relations. Les activités des médiateurs du SMF ne se limitent donc pas à parvenir à une entente sur tous les points en litige, mais à aider les conjoints à se séparer, et à devenir financièrement et

émotionnellement autonomes. L'objectif est de permettre au couple d'apprendre de nouveaux modes de communication en tant qu'anciens partenaires et ce, dans le meilleur intérêt des enfants. Les médiateurs abordent le processus et la tâche en même temps, la tâche influant sur le processus et vice versa. Dans les cas plus difficiles, le médiateur peut renforcer ses interventions, être plus directif et attribuer des tâches précises chaque semaine aux couples. Il espère de cette façon voir réapparaître progressivement une confiance mutuelle qui permettra la conclusion d'un accord.

Les médiateurs, semble-t-il, ne tolèrent pas de la même façon l'expression des émotions pendant une session de médiation et, comme nous avons pu l'observer, les émotions peuvent être parfois assez intenses. Bien que les médiateurs permettent aux couples d'exprimer leur souffrance ou leur colère, ils essaient généralement de maîtriser la situation en évitant d'encourager inutilement l'expression de ces sentiments lorsque le niveau d'intensité est élevé. Ils encouragent plutôt la personne à considérer la tâche à accomplir de façon plus rationnelle, rappelle au couple quels sont ses objectifs et l'avertit lorsqu'il s'écarte de la façon appropriée de parvenir à une solution acceptable : la menace d'une confrontation judiciaire, des coûts élevés et des effets psychologiques néfastes sont brandis pour assurer la motivation du couple à négocier amicalement; le médiateur rappelle le couple à l'ordre.

Comme nous l'avons vu plus tôt, les services de l'avocat-conseil sont à la disposition du médiateur et de ses clients à toutes les étapes du processus de médiation. En général, au cours de la première étape, l'avocat se joint à la séance pour donner des renseignements sur la loi, le droit jurisprudentiel et la tradition judiciaire locale. Il explique la différence entre une séparation légale et un divorce de même

que la façon dont les différents régimes matrimoniaux sont appliqués. Il décrit également les grandes lignes du système judiciaire et rappelle aux clients le grand pouvoir discrétionnaire dont disposent les juges en ce qui concerne les questions de droit familial. L'avocat doit, comme le médiateur, veiller à ce que les deux parties comprennent clairement les questions juridiques et leurs ramifications. L'avocat du Service est souvent celui qui suggère que les clients soient dirigés vers un avocat de pratique privée. Il assiste parfois à la séance pour aider à déterminer la meilleure façon d'évaluer les actifs. Sa présence sert souvent à introduire un élément d'objectivité, puisqu'il n'a pas travaillé aussi étroitement avec les clients que le médiateur. Lorsque le médiateur est une femme, l'intervention d'un homme à titre d'avocat a parfois l'avantage d'équilibrer la balance des pouvoirs.

Lorsque les deux parties parviennent à un accord, le médiateur dresse le protocole d'entente. Les conditions de l'entente sont très détaillées et le médiateur vérifie auprès des clients si elles reflètent fidèlement leur volonté. Chaque protocole est étudié par l'avocat du Service pour s'assurer que toutes les clauses se situent dans les paramètres de la loi et que les termes appropriés ont été employés. Les clients qui désirent une séparation ou un divorce doivent présenter leur protocole d'entente à leurs avocats qui le présenteront au tribunal. Il convient de noter que le protocole d'entente dressé par le SMF n'est pas signé et qu'il est sans valeur légale, ce qui inquiète certains clients. Ce fait est inscrit sur la formule utilisée. Certains médiateurs envoient par la poste le protocole d'entente à leurs clients; d'autres préfèrent le leur remettre en mains propres au cours de la dernière entrevue. Dans certains cas, les enfants sont invités à entendre les conditions de l'entente qui les concernent; on répond alors à leurs

questions et on leur explique les droits de visite et les questions relatives à l'allocation d'entretien.

Droits des femmes

D'après nos constatations, les clients ont toute liberté de critiquer le médiateur s'ils pensent que celui-ci n'a pas été vraiment neutre ou impartial ou bien qu'il a été induit en erreur par l'autre conjoint. Dans un cas particulier, le processus qui a mené à un accord sur la séparation des biens d'un couple a été long et ardu, notamment en ce qui concerne le domicile familial. La femme est revenue sur sa première décision d'entente et a demandé que l'on recommence les pourparlers. De nouvelles dispositions ont été prises qu'elle a trouvées plus acceptables et équitables. Il est évident que certaines femmes sont mal à l'aise pour négocier les questions financières, soit parce qu'elles n'ont pas les connaissances financières requises, qu'elles manquent d'assurance, qu'elles craignent des conflits ou des ennuis supplémentaires ou bien qu'elles se sentent coupables de la dissolution du mariage. Le médiateur et l'avocat du Service font tous les efforts possibles pour bien renseigner les femmes, tirer les questions au clair et offrir les renseignements nécessaires. Ils s'assurent que l'information a été bien comprise en se fondant sur l'hypothèse que mieux on est informé, plus grand sera le pouvoir de négociation. Les médiateurs informent les femmes de leur droit à la moitié du régime de rentes du Québec de leur mari et du délai prescrit pour en faire la demande.

Les médiateurs permettent aux conjoints de réviser leur budget s'ils le trouvent irréaliste, au bout de quelques semaines ou plus. Le but est d'inciter les femmes à exiger leur juste part en rappelant au couple que le bien-être des enfants est en jeu. Ils encouragent les deux parties à songer à l'avenir et à

prévoir les conséquences néfastes d'une entente qui ne serait pas équitable à la partie la plus faible. Ils soulèvent la question de l'assurance-vie et suggèrent des options qui protégeront le parent qui a la garde des enfants : par exemple, on suggère que la femme prenne une assurance sur la vie de son mari pour assurer les paiements d'allocation d'entretien. Lorsqu'une femme n'est pas capable d'évaluer ses besoins et semble prête à faire trop de concessions par crainte de représailles ou de conflits, on lui demande de consulter son avocat; si elle refuse de le consulter, ou semble ne pas oser demander sa juste part, le médiateur et l'avocat refuseront d'approuver le protocole d'entente sur la question financière et limiteront l'entente à une entente partielle concernant la garde et le droit de visite. Toutes les stratégies possibles sont examinées et mises à l'essai par le médiateur et toutes les possibilités sont étudiées avant que le couple n'en arrive à une impasse.

Au cours de la médiation, il semble que les femmes deviennent mieux informées et qu'elles arrivent à mieux comprendre les différents aspects financiers et juridiques de leur situation. Elles deviennent également plus compétentes et plus sûres d'elles, demandent les renseignements dont elles ont besoin et s'occupent des différentes tâches, par exemple consulter des experts, comme les notaires, les avocats et les comptables.

Interaction avec le système juridique

Dans un tribunal aussi grand et aussi complexe, il n'est probablement pas étonnant que nous ayons rencontré au cours de nos visites au tribunal autant d'employés et d'avocats qui ne connaissaient pas le SMF ou qui n'en avaient qu'une vague idée et parfois une opinion erronée. Cette situation persiste malgré les efforts considérables déployés par les médiateurs pour faire

connaître leur présence à la population et aux membres de la profession juridique. Heureusement, l'un des grands admirateurs et alliés du Service est le juge en chef Gold qui est lui-même un médiateur professionnel d'expérience. En fait, son influence a beaucoup contribué à la survie du SMF et l'a aidé à faire face à l'opposition de certains membres du Barreau de Montréal. Ce service a également un allié puissant en la personne du protonotaire spécial qui sanctionne les accords d'ordonnance provisoire et de modification. Cette protonotaire valorise particulièrement la médiation pour les femmes parce qu'elle pense que ce processus leur permet de sauvegarder leurs droits. Également, les juges auprès desquels nous avons mené une entrevue et qui connaissaient le SMF semblaient reconnaître les efforts du personnel du Service et lui accordaient leur soutien. Pourtant, pour diverses raisons, très peu de juges dirigent les couples vers le Service.

D'abord, comme certains juges nous l'ont appris, ils hésitent à s'ingérer dans les affaires des avocats qui négocient une entente et ne veulent pas se prononcer contre les désirs des avocats dans une cause particulière. Deuxièmement, lorsqu'il y a procès devant les tribunaux et que tous les efforts de négociation d'un accord ont échoué, certains juges pensent qu'il est alors trop tard pour essayer la médiation. Troisièmement, au moment de notre recherche (et peut-être encore maintenant) il n'existait aucun règlement établi par le tribunal permettant au juge d'acheminer un cas à la médiation. Bien que les juges aient le pouvoir d'ordonner une évaluation (enquête sur la garde) et qu'ils le fassent régulièrement dans le cas de causes contestées, il n'est pas évident qu'ils puissent exiger que les parties aient recours à la médiation. Enfin, bien que les juges connaissent vaguement le SMF, le fait qu'il soit distinct du tribunal signifie qu'ils ne le considèrent pas comme un service direct du tribunal - un outil à leur disposition - au même titre que le

service d'évaluation psycho-sociale. Par conséquent, selon le coordonnateur des deux services, quelques juges ont tendance à faire un usage excessif du Service d'enquête et à sous-utiliser le Service de médiation.

Le Service de médiation et les avocats

Nous pensions que ces deux méthodes, la médiation et le système contradictoire, sont en général considérées comme étant de nature opposée et il apparaît très difficile aux deux professions de comprendre et d'accepter leurs modes d'intervention respectifs. Les avocats considèrent la médiation comme une intrusion dans leur travail, et les médiateurs se plaignent que les avocats ne tiennent pas compte de leurs interventions. Par exemple, les médiateurs sont consternés de l'énorme écart qui existe entre leur opinion du cas et celle de l'avocat. Ils trouvent très difficile de faire comprendre aux avocats les objectifs de la médiation et l'essence de leur travail.

Par conséquent, certains médiateurs estiment que la connaissance insuffisante qu'ont les avocats de la médiation fait en sorte qu'ils aiguillent vers le Service des cas qui sont davantage fondés sur des circonstances externes plutôt que sur la possibilité de régler le cas au moyen de la médiation. Les avocats se disent : "Essayons la médiation, j'ai entendu dire que ça pouvait aider", ou "montons au service de médiation; de toute façon nous avons déjà attendu deux heures pour faire entendre notre cause". Pourtant, une minorité croissante d'avocats semblent aujourd'hui mieux comprendre le travail des médiateurs et dirigent leurs clients au Service. Comme on peut s'y attendre, les médiateurs sont heureux de ce contact avec les avocats.

L'une des plaintes formulées par les avocats à l'endroit du SMF porte sur le fait qu'ils sont exclus du processus et qu'ils ne peuvent communiquer avec leurs clients pendant que la médiation est en cours. En outre, ils ne sont informés de ce qui se passe qu'à la toute fin du processus. Selon les avocats, le protocole d'entente passé avec le service de médiation serait reçu plus favorablement s'ils connaissaient mieux le processus ayant mené à son élaboration. Par ailleurs, les médiateurs craignent que l'influence des avocats nuise à leur travail s'ils sont tenus informés ce qui se passe au cours de la médiation. Il faut aussi tenir compte du fait que la médiation doit être confidentielle et qu'elle doit demeurer distincte des autres processus si l'on veut que les parties se sentent libres de parler sans se préoccuper des renseignements que pourraient utiliser les avocats si la médiation s'avère un échec. A l'heure actuelle l'interaction entre le SMF et l'avocat qui aiguille son client au Service est presque exclusivement limitée au contact initial au moment de l'entrevue d'accueil, à laquelle assistent les clients et leurs avocats. A la fin de la médiation, le médiateur envoie une courte lettre aux procureurs respectifs des conjoints pour leur faire part des résultats obtenus.

Lorsque les médiateurs et les avocats se sont rencontrés récemment à l'occasion de symposiums ou de conférences sur la médiation tenus à Montréal, les deux groupes ont exprimé le désir de mieux se comprendre et de mieux collaborer. En fait, il semble s'être produit un important changement dans l'attitude des avocats envers la médiation. Les avocats commencent à manifester de l'intérêt pour ce domaine, et on leur a en effet fait remarquer qu'ils devraient se familiariser avec la médiation s'ils ne veulent pas perdre leurs clients à d'autres avocats, travailleurs sociaux ou notaires. Les notaires de Montréal

manifestent également beaucoup d'intérêt pour le médiation et nombre d'entre eux se sont joints à la nouvelle association provinciale des médiateurs.

Le SMF : Un service proactif

Le caractère "proactif" du SMF peut être en partie attribuable aux efforts que le Sevice déploie pour se faire connaître de la population et de la profession juridique. Par exemple, les médiateurs présentent, chacun à leur tour, leurs services à différents groupes et organismes communautaires. Le Service fait également beaucoup de publicité dans les médias et plusieurs articles ont été publiés sur le Service dans les différents journaux et magazines. Une station de radio de Montréal a présenté une série de six tribunes téléphoniques où les médiateurs du Service ont parlé de sujets se rapportant au divorce et à la médiation. De plus, le coordonnateur du Service est passé plusieurs fois à la télévision.

En novembre 1985, le SMF, en collaboration avec d'autres services sociaux, éducationnels et gouvernementaux (provinciaux et fédéraux), a animé un symposium provincial sur la médiation. Ce symposium a rassemblé une centaine de participants (praticiens de l'hygiène mentale, avocats et juges) de toute la province qui ont profité de l'occasion pour discuter de la médiation et se renseigner sur le sujet. Le premier jour du symposium a été consacré à l'étude de questions concernant les divers services de médiation du Québec; les deux jours suivants ont été consacrés à la formation d'un certain nombre de participants sous la direction de M. Donald Saposnek, psychologue américain et partisan de la médiation des divorces, notamment en ce qui concerne la garde des enfants.

Le SMF a également collaboré très activement à la création de l'Association de médiation familiale du Québec, qui offre ses services depuis l'automne 1985. Au printemps de 1986, le coordonnateur du Service, accompagné de représentants du Barreau de Montréal et d'autres services juridiques, a assisté en Australie à une conférence spéciale sur les services de médiation. Dans la même veine, les membres du Service se sont rendus dans d'autres villes du Québec pour partager leur expérience et promouvoir la médiation. Le SMF a toujours participé aux conférences nationales et internationales sur la médiation et l'avocat du SMF a fait connaître le concept de la médiation dans le milieu juridique de Montréal. Aidé d'un autre membre du Service, il a donné un cours de médiation à l'Université de Montréal. Enfin, vers la fin du présent projet, le SMF s'est engagé dans un projet témoin de formation des avocats et des médiateurs des divorces.

En bref, le SMF nous apparaît comme un groupe de professionnels très dévoués à leur cause, convaincus d'offrir un service important qui devrait pouvoir être offert à un plus grand nombre de couples qui se séparent ou qui sont en instance de divorce. Nous passons maintenant à l'examen d'un autre genre de services rattaché à un tribunal qui exerce toutefois sur une échelle beaucoup plus réduite que le Service de médiation familiale de Montréal.

TRIBUNAL DE SASKATOON

Historique et principes

Le tribunal de la famille à juridiction regroupée de Saskatoon existe depuis huit ans. Il a été inauguré le 11 décembre 1978. Ce tribunal occupe actuellement le dixième étage d'un édifice à bureaux, au centre de la ville. A l'origine, il

était installé dans ce qui est maintenant une maison historique, mais après deux ans les locaux étaient devenus trop exigus pour abriter les services juridiques, les services de counseling et de médiation qui étaient en pleine expansion. Contrairement à l'ancien tribunal de la famille à juridiction regroupée de St. John's de Terre-Neuve, qui était installé dans une des maisons historiques de la ville, le tribunal de Saskatoon est pour ainsi dire caché au dernier étage d'un édifice à bureaux moderne où on trouve également les procureurs de la ville, des avocats exerçant à titre privé, des cabinets de comptables et autres groupes professionnels.

Le tribunal de la famille à juridiction regroupée comprend une branche juridique, administrée par le ministère provincial de la Justice, et une branche sociale qui relève du ministère provincial des Affaires sociales. Ainsi, la branche juridique et la branche sociale sont en grande partie autonomes. Par exemple, les bureaux des conseillers et des médiateurs sont situés dans une partie du tribunal tandis que la salle des juges se trouve dans une autre partie. Les archives du tribunal sont conservées dans un endroit distinct de celui réservé aux archives de la consultation et de la médiation, et les deux branches ont chacune leur propre personnel.

Par contre, l'intention a été également de faire du tribunal de la Saskatchewan un tout qui couvrirait l'ensemble des questions de droit de la famille et qui se chargerait des problèmes tant juridiques qu'affectifs liés à la séparation et au divorce. Comme le note Havemann dans son "évaluation" du tribunal de la famille à juridiction regroupée de la Saskatchewan, ce tribunal devrait être considéré comme une équipe multidisciplinaire spécialisée en droit de la famille. Nos observations nous portent cependant à penser qu'il se fait peu de travail d'équipe entre la branche sociale et la branche juridique

du tribunal, mais que conseillers et médiateurs collaborent grandement. D'ailleurs, ils se réunissent régulièrement pour discuter des activités de la semaine précédente, des prochains événements, des problèmes, des méthodes de consultation, des stratégies, etc. Les membres du personnel de consultation se réunissent tous les jeudis matin et il semble régner parmi eux un esprit de collaboration spontané et très soutenu.

Il semble, par contre, que les juges communiquent peu avec les médiateurs et les conseillers et que les juges, l'administrateur de la cour et les greffiers ne travaillent aucunement en équipe. Ils se consultent à l'occasion, mais nous avons l'impression qu'ils accomplissent en règle générale leurs tâches indépendamment les uns des autres. Il faut noter également que les avocats exerçant à titre privé et les avocats de l'aide juridique connaissent peu la branche sociale du tribunal et qu'ils ont peu de contact avec elle. Ä Saskatoon, seul un faible pourcentage d'avocats invitent leurs clients à recourir à la médiation pour tenter de régler des questions de droit de garde et de visite.

Bien que "distincte mais égale", la branche sociale a des responsabilités précises envers la branche juridique du tribunal, et ce sont les juges qui ont le dernier mot en matière de droit de garde et de droit de visite et de sortie. Les médiateurs peuvent :

1. être tenus de procéder, pour le tribunal, à des évaluations en matière de garde et d'accès et de remettre aux juges des rapports détaillés;

2. être tenus de témoigner à la barre, faire l'objet d'un contre-interrogatoire de la part des avocats et être obligés de clarifier, expliquer et, parfois même, justifier les résultats et les recommandations dont il est fait état dans leurs rapports. (En outre, les juges peuvent ne pas faire cas de ces recommandations et il n'est pas rare qu'ils prennent une décision qui s'écarte

sensiblement des recommandations formulées dans les rapports sur la garde et le droit de visite et de sortie.)

Les juges ont le pouvoir d'ordonner aux "couples" de se prévaloir des services de médiation, mais ils peuvent aussi renverser les décisions auxquelles ces derniers sont parvenus par médiation.

Bien que le respect entre juges et travailleurs auprès des tribunaux soit manifeste, ne serait-ce que d'après le type de questions et la manière de les poser que les juges permettent en cour lorsque les médiateurs sont appelés à témoigner, il n'en demeure pas moins que les juges ont le pouvoir d'exiger que les médiateurs participent au processus judiciaire et aucun critère bien établi ne permet de dire à quel moment et dans quelle mesure les médiateurs peuvent y être mêlés. De façon plus spécifique, il n'existe pas :

- de critères systématiques qui permettent de déterminer si une évaluation en matière de garde doit être ordonnée ou le sera;
- de critères normalisés permettant de déterminer à quel moment et de quelle manière un rapport de garde ou d'accès sera utilisé ou, encore, à quel moment et sur quelles bases les recommandations des médiateurs seront rejetées;
- de critères permettant de dire quand les juges doivent aiguiller les requérants vers la médiation, si jamais ils doivent le faire.

Les objectifs opérationnels suivants reflètent la philosophie du tribunal de la famille à juridiction regroupée de Saskatoon :

1. fournir de l'aide, sur le plan pratique et sur le plan humain, aux couples qui sont en instance de séparation ou qui se sont séparés;

2. accorder à la famille l'importance qui lui revient et faire respecter par ses membres les obligations et les droits qu'ils ont l'un envers l'autre et envers la société, qu'ils vivent ou non ensemble;

3. s'assurer que les droits ainsi que les besoins matériels et affectifs des enfants sont dûment pris en considération et sont respectés dans le cadre du règlement des litiges familiaux;

4. offrir un tribunal dont la juridiction s'étend à toutes les questions familiales et qui se charge de problèmes allant au-delà du cadre juridique et qui offre des services sociaux et judiciaires à la famille, dans son ensemble;

5. parvenir à former un tribunal où les juristes, les travailleurs sociaux et les intervenants d'autres groupes ou professions oeuvrent ensemble en vue de résoudre les problèmes familiaux;

6. informer le public et les groupes de professionnels des buts du tribunal de la famille à juridiction regroupée et des services qu'il offre;

7. donner facilement accès à des services confidentiels de counseling aux membres des familles qui ont besoin d'aide pour résoudre leurs problèmes, soit avant d'intenter des procédures, soit dans le cours du processus judiciaire ou, encore, pendant la période d'adaptation qui suit;

8. éviter aux clients et aux tribunaux de perdre du temps, de l'argent et de l'énergie en étayant pour ce faire les questions juridiques et en évitant ainsi des procès inutiles;

9. établir un équilibre entre la nécessité de tenir des audiences publiques, de faire des enregistrements et la nécessité de respecter le caractère privé et la confidentialité pour régler avec efficacité et humanité les questions délicates touchant au droit de la famille;

10. trouver un moyen efficace pour faire exécuter les ordonnances d'allocation d'entretien et autres, dans la mesure où les ressources du projet le permettent.

Aménagement et organisation du tribunal

Le tribunal de la famille à juridiction regroupée de Saskatoon comprend trois salles d'audience et, à l'exception des audiences préparatoires et des causes relatives aux affaires familiales, les auditions et les procès sont publics. La salle n^{o} 1 est réservée aux premières comparutions, aux affaires entendues en cabinet et aux divorces (jugements conditionnels de divorce); les salles n^{os} 2 et 3 servent à l'audience des causes relatives aux affaires familiales et aux procès. A l'extérieur de ces salles, un corridor long et étroit sert de salle d'attente à ceux et celles qui doivent comparaître, et aux clients et clientes ayant un rendez-vous avec les services de counseling ou de médiation. Ce couloir est souvent bondé, en particulier le lundi matin et tous les après-midi. Trois petites salles d'entrevues font face aux salles d'audience; ces salles ne sont pas insonorisées, compromettant ainsi le caractère privé des entretiens entre les avocats et leurs clients. Une salle de jeux pour les enfants a aussi été aménagée à côté du corridor. Bien que remplie de jouets pour enfants de tout âge, cette salle sert relativement peu; elle constitue d'ailleurs un endroit non surveillé où les enfants peuvent jouer.

Le tribunal fait face à une difficulté majeure avec un nombre toujours croissant d'affaires à instruire et à juger. Il semblerait que les avocats et leurs clients doivent attendre jusqu'à six mois avant de pouvoir comparaître. Ce retard rend difficile, même dans les actions en séparation et en divorce sans contestation, d'obtenir un jugement assez rapidement. Il en découle un problème additionnel pour les avocats et leurs clients, à savoir que dans les cas de requête contestée de garde des enfants, plus le parent n'ayant pas la garde doit attendre longtemps pour l'audition de sa requête, moins il est probable que la garde lui sera attribuée et, dans les cas où le parent

gardien demande que son ex-conjoint lui verse des allocations d'entretien, ces retards peuvent avoir des conséquences économiques graves pour les enfants.

Les causes sont habituellement inscrites au rôle chaque après-midi, pour la session du lendemain. Bien que les greffiers disent ne pas pouvoir les inscrire sur le rôle plusieurs jours à l'avance (parce que les avocats peuvent demander une suspension de l'instance à la dernière minute et qu'on ne peut pas savoir quelle sera la durée des auditions), le système actuel contribue à accentuer l'encombrement des tribunaux. Par exemple, dans le cas des affaires entendues en cabinet et des premières comparutions, il peut y avoir de 15 à 20 clients et avocats présents en même temps dans la salle d'audience et l'on ne sait généralement pas à l'avance dans quel ordre les causes seront entendues. En conséquence, clients et avocats peuvent devoir attendre dans la salle d'audience ou dans les couloirs pendant une demi-heure ou une heure avant qu'on les appelle. (Cette attente risque d'être coûteuse pour les clients qui ont engagé un avocat exerçant à titre privé.)

Le tribunal de la famille à juridiction regroupée dessert non seulement la population de Saskatoon, mais aussi les municipalités situées dans un rayon d'environ cent milles. Il est arrivé que des services tels que les évaluations en matière de garde soient fournis sur demande aux clients et à des tribunaux hors du district du tribunal. Les services offerts par la branche sociale ou juridique de ce tribunal ne sont pas réservés aux conjoints résidant à Saskatoon ou dans les environs. Il suffit que l'une des parties réside dans le district judiciaire pour que toutes deux puissent s'en prévaloir. (Dans environ un tiers des cas composant notre échantillonnage, une des parties seulement résidait dans le territoire où le tribunal avait juridiction.)

La branche juridique

Trois juges siègent au tribunal de Saskatoon -- deux hommes et une femme -- et ce, depuis sa création, en 1978. Nos observations pendant ce projet portent à penser que chacun d'eux a son propre style, sa propre manière d'agir et son propre domaine de compétence. Il est vrai que certains avocats que nous avons interrogés ont dit qu'ils préfèrent que certaines causes soient entendues par un juge plutôt qu'un autre. Par exemple, un des juges a la réputation de bien connaître le droit fiscal et si un avocat doit défendre une cause complexe où les biens des conjoints sont en jeu, il peut essayer de faire inscrire sa cause sur le rôle correspondant au jour où ce juge particulier siège. On sait aussi que l'un des juges est d'avis que les frais de justice doivent être supportés par les parties. Cela signifie que même si le demandeur détient un certificat de "personne nécessiteuse" ou qu'il est représenté par un avocat de l'aide juridique et que l'État accepte de couvrir les coûts de son divorce ou de sa séparation, ce juge soutient qu'il doit être condamné aux dépens, si ses moyens le lui permettent.

D'après nos observations, il y a parfois divergence entre les juges en ce qui a trait à l'allocation d'entretien que doit verser le parent n'ayant pas la garde, et ce fait est corroboré par un certain nombre de clients interrogés dans le cadre de l'Étude des clients. Par exemple, il n'est pas rare d'assister à des audiences à l'issue desquelles des parents qui n'ont pas obtenu la garde, ayant apparemment un revenu semblable et le même nombre d'enfants, sont obligés de faire des paiements d'allocation d'entretien d'un montant différent.

En fait, ni nos observations au tribunal ni l'examen des archives elles-mêmes ne nous permettent de savoir exactement

comment est fixé le montant des allocations d'entretien. Il semble cependant que, surtout avant l'adoption de la Loi sur le divorce de 1985, les juges prenaient en ligne de compte plusieurs facteurs, y compris la capacité de paiement du parent n'ayant pas la garde, les besoins des enfants, la situation économique du parent gardien et le résultat des négociations entre les ex-époux et leurs avocats.

Bien que les ordonnances d'allocation d'entretien semblent manquer d'uniformité, nous avons l'impression que malgré le changement d'attitude vis-à-vis les nouvelles formes d'unités familiales et du rôle parental, les ordonnances de garde et de droit de visite et de sortie ont un caractère d'uniformité. En général, il semble que l'opinion penche en faveur d'une entente de garde et d'accès obtenue par médiation entre parents en instance de séparation ou de divorce parce que cela est dans l'intérêt de l'enfant. Si tel n'est pas le cas, on présume (à moins de preuves solides et d'éléments constitutifs bien fondés) que la garde des enfants devrait revenir à la mère et nos observations nous portent à penser que les femmes ont rarement à prouver pourquoi les intérêts de l'enfant sont mieux servis si elles s'en voient attribuer la garde. Les hommes, eux, doivent démontrer pourquoi ils peuvent faire aussi bien, sinon mieux.

Le tribunal de Saskatoon n'a pas semblé non plus tellement en faveur du régime de garde conjointe. Citons le cas où, lors d'une entrevue télévisée, un des juges de ce tribunal a fait remarquer que la garde conjointe n'est pas une solution souhaitable pour la majorité des familles, parce que la plupart des parents ne sont pas capables de coopérer en vue d'assurer à leurs enfants un milieu affectif et social sain et stable, soit parce que le père ou la mère vit dans une autre ville ou province, soit parce que les circonstances entourant la séparation ou le divorce ne sont pas favorables.

Selon ce juge, les enfants ont besoin d'avoir un espace bien à eux, un voisinage familier et des amis en propre, et ils ne peuvent obtenir tout cela que dans un environnement psycho-social propice. Les enfants ont besoin de se sentir constamment en sécurité et ce juge soutient qu'à quelques exceptions près, le régime de garde conjointe ne peut pas leur apporter la stabilité recherchée. Donc, à moins que les parents soient parvenus à une entente par médiation et qu'ils puissent faire la preuve de leur désir d'en respecter les termes, ce juge n'attribue pas la garde conjointe aux parties.

Il est cependant permis de partir du principe que les parents prendront les décisions en matière de garde et d'accès qui servent le mieux les intérêts de l'enfant et que le père et la mère sont aussi "compétents" l'un que l'autre. On suppose que le parent n'ayant pas la garde verra ses enfants régulièrement et qu'il s'en occupera sérieusement, à moins de preuves contraires à l'appui. Nombre de faits observés en cour en fournissent la preuve :

- à quelques exceptions près, les juges ont davantage tendance à attribuer au parent n'ayant pas la garde un droit de visite et de sortie raisonnable ou libéral, plutôt qu'un accès restreint. Le droit de visite et de sortie est rarement refusé à ce parent;

- si les parties parviennent à une entente de garde ou d'accès, il est rare que le juge la rejette ou la modifie;

- il est rare que les enfants soient appelés à témoigner à la barre. On part du principe qu'il faut, dans la mesure du possible, éviter aux enfants d'être témoins du conflit juridique et affectif de leurs parents.

Ce que nous avons observé pendant les audiences nous permet de penser que la procédure est souvent non contradictoire. Les juges veillent à ce qu'il n'y ait pas d'"éclaboussures" dans la salle d'audience : en tant que gardiens de la morale, ils

s'efforcent d'assurer une certaine civilité aux échanges et ils semblent très sensibles au fait que la séparation et le divorce sont souvent des situations pénibles que le tribunal ne doit pas aggraver. Les décisions des juges, qu'elles soient verbales ou écrites, nous ont également prouvé qu'ils sont en faveur du divorce non fondé sur la notion de faute. Autrement dit, ils hésitent à blâmer l'une ou l'autre des parties. Ils préfèrent, en général, fonder leurs décisions sur le principe de "l'intérêt" de l'enfant et bien qu'ils préfèrent attribuer la garde à un seul des deux parents, ils incitent celui qui n'a pas la garde à continuer d'exercer son rôle parental.

Finalement, nous avons l'impression que plus les juges du tribunal de la famille à juridiction regroupée tendent à compter sur les évaluations en matière de garde dans les causes avec contestation, moins les avocats estiment utile de recourir à la procédure contradictoire. Bon nombre d'entre eux nous ont dit, au contraire, qu'ils misent davantage sur la négociation et que si leur client semble avoir des chances d'obtenir la garde des enfants, ils essayent de parvenir à des ententes de visite et de sortie plus généreuses.

D'un autre côté, comme il ressort parfois de nos entrevues avec les clients et de nos observations hors des tribunaux, une audience "sans histoire" n'est, en fait, que la fin d'un processus de confrontation et d'antagonisme. Certains clients nous ont dit, par exemple, que les négociations entre avocats étaient parfois acrimonieuses, qu'elles masquaient l'intensité du conflit et qu'elles semblaient avoir peu de lien avec l'obtention de l'entente qui servirait le mieux les intérêts des enfants.

La branche sociale

Vers février de cette année, la composition du personnel de consultation et de médiation a beaucoup changé. Lorsque nous avons entrepris cette étude, la majorité des membres du personnel de consultation étaient rattachés au tribunal depuis sa création, soit depuis 1979. Cependant, au cours de notre recherche, un des conseillers a accepté le poste que lui offrait un organisme de counseling familial de Saskatoon et, au printemps dernier, un autre conseiller, qui avait pris une année de congé sans traitement pour enseigner au niveau post-secondaire, a repris son poste au tribunal. En outre, l'ancien coordonnateur des services de médiation et de counseling auprès du tribunal a accepté un poste au sein de l'administration des Affaires sociales. En conséquence, notre analyse de la branche sociale du tribunal se base principalement sur les renseignements recueillis soit avant février 1986, soit auprès du personnel attaché au tribunal depuis le début de cette étude.

Outre le coordonnateur (qui s'occupe, à parts égales, du counseling/médiation et de l'administration), le tribunal emploie quatre conseillers à plein temps. Une conseillère a été également embauchée à contrat par le tribunal pour une période de huit mois; actuellement, cette conseillère occupe encore son poste et son contrat est prolongé de mois en mois. Le personnel de counseling reçoit également deux stagiaires par année (un par semestre scolaire) qui sortent de l'École des Sciences sociales. L'an dernier, une partie des excédents de fonds supplémentaires du Ministère a été consacrée à l'embauche de six employés occasionnels en vue d'aider à procéder aux évaluations en matière de garde.

Trois des quatre conseillers ont une maîtrise en sciences sociales, et le quatrième a un baccalauréat en sciences sociales. Trois d'entre eux sont entrés au service du tribunal forts d'une expérience en protection de la jeunesse. Au moment de notre recherche, deux des conseillers appartenaient au tribunal depuis 1978 et un autre depuis 1982. A l'exception d'une des personnes récemment nommées, qui a travaillé sous la direction de Howard Irving après la fin de ses études, aucun des membres du personnel n'avait d'expérience directe dans le domaine du counseling ou de la médiation.

Toute personne qui a recours aux services de counseling en séparation ou de médiation du tribunal obtient un rendez-vous dans les deux semaines qui suivent. En 1985, les conseillers du tribunal ont ouvert entre 11 et 26 nouveaux dossiers par mois. Les lignes directrices concernant l'admissibilité aux services de counseling ou de médiation sont souples et discrétionnaires. La politique officielle énonce deux critères d'admissibilité :

1. Tout "couple" en instance de séparation ou de divorce.
2. Tout "couple" demeurant dans un rayon de 90 milles de Saskatoon.

En réalité, ces critères ne sont pas respectés dans bon nombre de dossiers. Par exemple, le tribunal fournit des services individuels de counseling en séparation (cela est confirmé par bon nombre de personnes que nous avons interrogées), et il arrive aussi que les conseillers aient des rencontres avec les enfants de parents séparés ou divorcés.

L'accueil est effectué par les conseillers suivant une alternance hebdomadaire. Lorsque quelqu'un appelle le bureau pour demander un rendez-vous, on remplit un formulaire. Sinon, ce formulaire est rempli après la première rencontre de la

personne ou du couple avec le préposé à l'accueil. Ce formulaire comporte une page de renseignements sur la (ou les) partie(s). Il fournit des renseignements usuels sur les parents et leurs enfants, sur les sources de référence, sur les problèmes en cause et sur le type de dossier à ouvrir. Une fois ce formulaire rempli, les parties sont aiguillées vers un conseiller ou un médiateur particulier.

Chaque conseiller ou médiateur a sa propre façon de tenir ses dossiers, ce qui explique que certains d'entre eux contiennent plus de renseignements que d'autres sur leurs observations et ont des dossiers plus détaillés. Les dossiers sont censés être clos dans les 90 jours à compter de la date à laquelle ils sont ouverts mais, pour au moins deux raisons, ce n'est pas souvent le cas. En premier lieu, à cause de leur charge de travail, les conseillers ou médiateurs ont souvent de la difficulté à passer régulièrement en revue leurs dossiers et à décider de ceux qu'ils doivent clore ou non. Ensuite, un nombre relativement important de clients ont régulièrement recours aux services de counseling ou de médiation. Ils commencent par assister à une ou deux séances, et ils demandent ensuite au tribunal de leur accorder des séances supplémentaires. Les conseillers nous ont dit que bon nombre de leurs dossiers sont ouverts et fermés périodiquement et qu'il arrive souvent de rouvrir des dossiers un an ou plus après qu'un couple ait bénéficié des services de la branche sociale.

Outre l'accueil, le personnel fournit quatre services importants :

1. le counseling;
2. la médiation;
3. les rapports sur la garde et l'accès;
4. la sensibilisation du public.

Le tribunal a pour politique de n'accorder qu'un type de service par client ou par couple. Par exemple, si un "couple" commence par suivre les séances de counseling et a ensuite recours à la médiation, deux membres du personnel s'occupent d'eux : l'un se charge du counseling, l'autre de la médiation. Si une évaluation en matière de garde ou d'accès est ordonnée par le tribunal, un troisième membre du personnel en est chargé. Cela permet d'établir un cloisonnement entre le counseling et la médiation, et de préserver le caractère confidentiel des informations recueillies au cours des séances de counseling. Cependant, les renseignements recueillis pendant une séance de médiation ou au cours d'une interview aux fins d'un rapport sur la garde et l'accès ne sont pas confidentiels et peuvent être apportés en preuve devant les tribunaux.

Le nombre relativement faible de conseillers et de médiateurs auprès des tribunaux fait qu'il est difficile de répartir équitablement la charge de travail. Par exemple, si un ou plusieurs conseillers connaissent un client personnellement, ou si un membre du personnel est absent pour une longue période, il devient difficile de s'occuper de causes qui exigent des services de counseling, de médiation et un rapport en matière de garde et d'accès.

Philosophie et méthodes

Le résultat de nos observations et de nos discussions nous permet de penser que les conseillers et les médiateurs envisagent le rôle parental d'une manière similaire. Plus précisément, ils supposent que :

1. les parents sont raisonnables et qu'ils prendront des décisions qui servent les intérêts de leurs enfants;

2. il incombe aux parents de prendre des décisions en matière de garde et de visite, vis-à-vis de leurs enfants, et que les enfants doivent respecter les décisions prises par leurs parents. Autrement dit, il est bien entendu que les enfants ne devraient pas être impliqués directement dans la prise de décisions;

3. le père et la mère doivent s'occuper tous deux de leurs enfants et le droit de visite et de sortie n'est jamais mieux exercé que lorsque le parent n'ayant pas la garde en use régulièrement et avec souplesse.

Bien qu'il y ait chevauchement, les conseillers font quand même une distinction entre counseling et médiation. En général, lorsqu'un client fait appel aux tribunaux pour se renseigner au sujet des mesures d'allocation d'entretien et de garde, il est invité à venir en counseling avec son conjoint et, si possible, à l'amener à la médiation pour les questions cruciales de garde et de droit de visite et de sortie. Autrement dit, bien que dans certains services le médiateur appelle le conjoint ou lui écrive pour lui expliquer en quoi consiste le service et l'inviter à prendre rendez-vous, la politique du tribunal, à Saskatoon, semble s'y opposer. Selon le point de vue des coordonnateurs, si les gens ne sont pas capables de s'entendre assez bien pour accepter d'assister ensemble à une réunion, la médiation semble presque hors de question. Lorsque les couples font appel aux tribunaux, les coordonnateurs évaluent leurs besoins et leurs motivations au cours d'une entrevue préliminaire. Si, selon eux, un counseling en vue d'une réconciliation possible est souhaitable, le couple est aiguillé vers un organisme indépendant, public ou privé, parce que le tribunal de la famille à juridiction regroupée de Saskatoon n'a pas pour principe d'offrir ce service en premier recours.

La première séance peut mener à trois sortes de solutions :

a) si le couple a besoin d'un counseling en vue d'une réconciliation possible, on le réfère à un organisme indépendant

qui fournit un tel service; b) si le couple est indécis, on lui fixe un rendez-vous pour recevoir un counseling en cas de séparation; c) si le couple a décidé de rompre définitivement, on lui fixe un rendez-vous pour des services de médiation. A la suite du counseling en cas de séparation, les époux peuvent décider de chercher à sauvegarder leur mariage ou, encore, décider d'y mettre fin. Dans le premier cas, les conseillers leur font certaines recommandations visant essentiellement à les amener à une réconciliation et, dans le dernier cas, ils passent à la médiation.

Comme nous l'avons dit précédemment, tous les membres du personnel sauf un ont travaillé dans le domaine de la protection de la jeunesse et il semble que leur expérience dans cette discipline des services sociaux, où les traumatismes affectifs sont nombreux, leur permet de bien comprendre ce que sous-tard une crise familiale -- en particulier la dynamique interpersonnelle, les réactions aux conflits, l'adaptation et le rétablissement -- et de faire preuve de compétences variées qui leur permettent de mieux percevoir les problèmes et de donner des conseils adaptés aux différents types de situations et de circonstances.

Tous les conseillers et les médiateurs ont acquis une grande compétence en counseling et ils ont développé des modèles qu'ils savent utiliser, chacun à leur manière et selon leurs propres méthodes. Par exemple, un des conseillers demande souvent à ses clients de venir toutes les semaines pour étudier divers aspects de leurs différends et se préparer à en discuter lors de séances ultérieures. Il ressort de nos observations et de nos entretiens qu'aucun des conseillers ne semble s'être cristallisé sur un seul et unique modèle, bien qu'ils aient une préférence pour certaines pratiques courantes et certains modèles. Citons, par exemple, un des médiateurs qui est en faveur du modèle de Saposnek, qui est

orienté vers les tâches et les buts et qui se fonde sur une méthode linéaire de solution des problèmes consistant à régler les problèmes relativement simples pour passer ensuite à des problèmes de plus en plus difficiles à résoudre.[63]

Disons également que les médiateurs préfèrent rencontrer l'homme et la femme séparément avant de les inscrire ensemble à une séance de médiation. Ces rencontres individuelles ont plusieurs objectifs, à savoir :

1. Clarifier le rôle du médiateur

   Les médiateurs doivent faire preuve d'impartialité et montrer clairement qu'ils ne se font pas l'avocat de l'un des conjoints. Un médiateur nous a dit que, lors d'une entrevue personnelle, si un client semble croire qu'il prend le parti de son conjoint, il va jusqu'au fond de la question et n'organise pas de séance commune avant que ces doutes soient entièrement dissipés.

2. Identifier et clarifier les sujets de médiation

   Les conseillers et les médiateurs veulent connaître la charge émotive de leurs clients lors des séances conjointes et ils tentent d'en atténuer l'intensité (par des séances de consultation individuelle, par exemple) ou de les préparer à cette rencontre. Ils veulent aussi se faire une idée exacte de la personnalité de leurs clients, de leur mode de vie, de leur opinion sur le rôle parental, etc., et savoir ce qu'ils pensent, fondamentalement, en matière de garde et d'accès. Autrement dit, ils veulent savoir sur quels sujets les parties sont prêtes à faire ou non des compromis.

3. Établir un équilibre dans les rapports de force des parties

   Lorsque le médiateur a l'impression qu'une des parties "domine" l'autre, il s'efforce d'aider le conjoint "soumis" à apprendre à mieux communiquer, à s'affirmer et à avoir confiance en lui. Tous les membres du personnel estiment qu'il est difficile de parvenir à ces résultats dans le peu de temps qu'ils peuvent consacrer à une personne.

4. Discuter avec les parties des questions de procédure et, en particulier, du processus de médiation.

5. Voir si les parties sont vraiment prêtes à accepter un counseling en matière de séparation ou la médiation.

   Selon nos observations, il semble que pour décider s'il convient de demander aux couples de recourir au counseling, conseillers et médiateurs se fondent sur une évaluation peut-être subjective de la situation et des parties, mais ils sont aidés par leurs nombreuses années d'expérience en tant que travailleurs sociaux, années qui les ont mis en contact quotidiennement avec des couples séparés ou divorcés. Il ne semble pas non plus que les médiateurs usent de critères uniformisés pour déterminer si la médiation convient mieux à un cas particulier.

Les conseillers ont un ensemble de critères similaires pour déterminer si le service de counseling peut bénéficier à un cas particulier. Ils recherchent des indicateurs sur lesquels fonder leur jugement et tentent de déceler chez les parties un ensemble cohérent de messages. Les conseillers voient des possibilités de réconciliation des parties si :

- elles cohabitent
- elles sont encore en relation (par ex. elles s'appellent régulièrement, se rencontrent au restaurant, sortent ensemble)
- elles n'ont pas noué de liens avec d'autres personnes
- elles ont des relations sexuelles
- elles consentent à rencontrer un conseiller matrimonial
- elles ne sont pas entièrement décidées à se séparer.

Parmi les indicateurs précurseurs d'une séparation définitive, on relève le fait que les parties

- ne cohabitent pas
- sont séparées légalement
- ont peu ou pas de contact (ne se sont pas vues depuis des mois)
- n'ont pas de relations sexuelles
- ont noué de nouveaux liens affectifs et sociaux
- ont consulté un conseiller matrimonial.

Les médiateurs s'efforcent de savoir exactement ce que le mariage représente pour chacune des parties -- la tendresse, le respect, les projets, etc. -- et d'examiner ensuite les motifs de la séparation. Si les parties ont des sentiments ambivalents au sujet de la séparation et que le médiateur a des raisons de penser qu'elles peuvent se réconcilier, il les incite à rencontrer un conseiller matrimonial.

Les médiateurs nous ont dit que les rencontres en tête à tête avec leurs clients ont une influence décisive sur les résultats et l'efficacité des séances auxquelles les époux assistent ensemble. Lorsque ces rencontres individuelles sont fructueuses, les clients savent mieux ce que sous-tend le processus, ils se sentent plus à l'aise et sont plus sûrs d'eux; le médiateur peut ainsi recueillir des renseignements importants sur chaque partie et sur son cas particulier. Cela a une répercussion sur le rôle que joue le médiateur, à savoir quelles questions poser aux parties, comment désamorcer des intentions destructrices, comment faire participer les deux parties au processus et les amener progressivement à une entente.

Bien que la médiation ne doive pas être confondue avec la consultation ou counseling, les médiateurs du tribunal de Saskatoon ont affirmé utiliser leurs talents de conseillers au cours des séances de médiation pour faciliter le processus -- c'est-à-dire pour clarifier des points et faciliter les

décisions, inciter les parties à dialoguer, écarter ou atténuer la possibilité qu'une des parties -- ou les deux -- aient des réactions émotives, telles que la colère et l'insatisfaction, qui auraient des conséquences néfastes.

Nous avons également l'impression que, bien qu'ils restent neutres et ne jouent pas un rôle de "sauveteur", les médiateurs ont une influence directe sur la direction que prend la médiation et sur son issue. Ils procèdent de la manière suivante :

- ils soulèvent des questions précises et aident les parties à les aborder;
- ils utilisent le langage corporel et autres formes de communication non verbale (par ex. en avançant ou en reculant leur chaise) pour modifier l'atmosphère de la discussion, obligent les parties à se concentrer sur un point particulier, dissipent la tension et aident les parties à parvenir à une entente;
- ils interviennent si une des parties domine l'autre pendant la séance, si les parties s'écartent du sujet ou, encore, si la discussion prend un tour trop personnel ou que l'une des parties (ou les deux) se manquent de respect.

Il est intéressant de noter que bien que les médiateurs aient pour rôle, d'une part, de concilier les parties, ils ne se sentent pas le droit de retirer le contrôle aux parties, de restreindre leurs options, ou de fausser le processus et son issue en usant de techniques et d'opinions personnelles ou subjectives. Ils considèrent au contraire que leur rôle consiste principalement à faciliter et à diriger le processus de médiation. Les décisions prises dans le cadre de la médiation sont réputées être le fait des parents eux-mêmes et, à de rares

exceptions près, les médiateurs acceptent ces décisions même si leur propre opinion est divergente.

Évaluations en matière de garde et de droit de visite et de sortie

Les membres du personnel de consultation ont affirmé à maintes reprises qu'une des plus grandes satisfactions qu'ils tirent de leur travail est de fournir des services de counseling et de médiation. Ils disent également que la partie qu'ils aiment le moins et qu'ils trouvent la plus éprouvante est celle qui consiste à faire des évaluations en matière de garde et de droit de visite et de sortie. Cela tient à plusieurs raisons :

- cela les oblige à jouer un rôle pour ainsi dire judiciaire, à savoir de faire enquête pour le tribunal et de formuler des recommandations à l'intention des juges;

- cette tâche prend beaucoup de temps et d'énergie. En moyenne, il faut environ deux mois (soit 40 heures) pour terminer un rapport;

- les évaluateurs peuvent être appelés à la barre pour un contre-interrogatoire, ce qui ajoute encore au stress qu'occasionne la rédaction des rapports. En outre, les recommandations formulées par les évaluateurs peuvent ne pas être adoptées par les juges et cela contribue à leur stress physique et psychique;

- ils pensent que leur temps serait mieux employé s'ils se consacraient davantage à la consultation, à la médiation et à l'éducation. Dans la situation actuelle, plus les conseillers ont de rapports à établir, moins ils ont de temps à consacrer aux clients.

Entre janvier 1985 et décembre 1985, 90 évaluations en matière de garde ont été ordonnées. (Ce chiffre est comparable à celui enregistré en 1984, où 80 évaluations avaient été ordonnées). Quoique cette augmentation ne semble pas importante, il faut tenir compte du faible nombre de personnes disponibles

pour procéder aux évaluations, des retards et des périodes d'attente. Durant l'été de 1985, chaque conseiller avait un maximum de quatre évaluations en cours. Ce chiffre est passé à six en septembre 1985, pour retomber à 5 en janvier 1986 et à 4 au printemps.

Les rapports en matière de garde et de droit de visite et de sortie sont rédigés sous forme d'évaluation de la famille. Ils obligent à de nombreuses rencontres avec les parents (séparément ou ensemble), les enfants (seuls ou avec leurs parents), les nouveaux conjoints, d'autres membres de la famille et/ou personnes citées par chaque parent (par ex. les employeurs, les voisins, etc.)

De tels rapports sont fréquemment exigés par les juges parce qu'ils leur fournissent une base de travail et qu'ils décongestionnent le tribunal. Un rapport est établi dans environ deux tiers des actions contentieuses et les parties acceptent les recommandations de l'évaluateur.

Il semble également que les juges n'adoptent pas toujours les recommandations des évaluateurs. Les conseillers voient au moins quatre raisons possibles à cela :

- après deux ou trois jours d'audience, les juges pensent peut-être qu'ils en savent autant que l'évaluateur sur les parents et sur leurs enfants;
- les renseignements présentés à la cour sont considérés précis et complets parce que le témoignage est fait sous serment;
- les juges exercent leur pouvoir discrétionnaire;
- les rapports d'évaluation établis peuvent ne pas être à jour, si les causes ont été suspendues pendant longtemps.

Lors de notre étude, nous avons pu constater que, comme dans la plupart des tribunaux de la famille, les ressources manquent

pour procéder à la fois aux évaluations en matière de garde et se charger des cas de counseling et de médiation comme la plupart des conseillers le souhaiteraient. Nous avons rencontré des conseillers chargés de 25 à 35 clients qui procédaient en même temps à au moins quatre évaluations de garde. L'opinion générale a été que si la demande de rapports en matière de garde et de droit de visite et de sortie croît, la somme de cas de counseling et de médiation auprès des tribunaux diminuera inévitablement.

Au moment où cette recherche a eu lieu, il fallait attendre sept mois pour obtenir une évaluation en matière de garde, ce qui préoccupe bon nombre d'avocats et de clients. Cette attente ne fait qu'accentuer le caractère mouvementé de la séparation et du divorce, retarder les accords en matière de garde et de droit de visite et de sortie, et désavantager le parent qui n'a pas la garde en ce sens que plus la garde provisoire de l'enfant se prolonge dans le foyer d'un des parents, moins l'autre a de chances de se voir attribuer la garde permanente.

La solution consisterait à donner cette tâche à contrat, ce qui est rarement fait pour trois raisons. Tout d'abord, le ministère des Affaires sociales et le ministère de la Justice ne disposent pas actuellement de suffisamment de fonds. Ensuite, même si des fonds étaient disponibles, les membres du personnel ne sont pas certains qu'ils pourraient trouver à Saskatoon des travailleurs sociaux possédant l'expérience requise en matière de protection de la jeunesse et, enfin, il reste à savoir si des rapports confiés à contrat auraient la qualité, la profondeur et la précision voulues.

Éducation du public

Bien que le rôle éducatif des conseillers et des médiateurs ne soit pas aussi évident que celui qu'ils jouent en counseling

ou en médiation, les travailleurs sociaux auprès de ce tribunal contribuent beaucoup à l'éducation du public et au développement du personnel. Ce travail d'éducation est effectué par une équipe dont les membres formulent des idées, mettent des stratégies au point, distribuent des tâches et se partagent les responsabilités rattachées à l'éducation. De façon plus particulière, le personnel de counseling a participé à des séries de colloques sur la séparation et le divorce organisés au cours de l'année par le tribunal de la famille à juridiction regroupée.

Le personnel de counseling a également mis sur pied quatre ateliers destinés à informer et à aider les personnes ayant divorcé depuis peu. Ces ateliers ont lieu environ trois fois par an (entre octobre et juin) et un des conseillers assiste à chaque série d'ateliers qui attirent, en moyenne, entre 20 et 35 participants, des femmes pour la plupart.

Les exposés, présentations, films et tables rondes portent sur les sujets suivants :

Atelier n° 1: "Le tribunal de la famille à juridiction regroupée et vous"

Au cours de cet atelier, un avocat est appelé à parler du tribunal, des droits juridiques des parties et des responsabilités des avocats envers leurs clients. Cet atelier est celui qui, en général, attire le plus de monde, sans doute parce que bon nombre de personnes séparées depuis peu souhaitent obtenir des renseignements juridiques de base qui les aideront à prendre des décisions.

Atelier n° 2 : "Faire face tout seul"

Cet atelier se penche sur les questions affectives et sociales, ainsi que sur le rôle parental de ceux qui sont séparés ou divorcés depuis peu.

Atelier n° 3 : "Les enfants et la séparation"

Cet atelier porte sur les changements affectifs et sociaux ainsi que sur les problèmes qu'ont souvent les enfants de

parents séparés ou divorcés. Il identifie les problèmes spécifiques et les stratégies qui peuvent être employées pour les résoudre.

Atelier n° 4 : "Le rôle parental après la séparation"

Cet atelier a été créé l'automne dernier et il traite du rôle parental après que les parents ont surmonté les émotions qu'ils ont ressenties au moment de leur séparation et qu'ils s'intéressent à un ajustement de leur vie familiale, aux questions du droit de visite et de sortie, et qu'ils sont décidés à faire face à leur situation de parent seul et à faire des plans d'avenir.

Ces ateliers font appel à diverses ressources de la collectivité, y compris des avocats, des conseillers exerçant à titre privé et des personnes qui sont séparées ou qui ont divorcé. Le personnel de consultation a participé également à la création et à l'animation d'ateliers d'une durée d'une journée organisés dans diverses parties de la province à l'intention des groupes de professionnels (par ex. d'autres travailleurs sociaux et des avocats). Un de ces ateliers a eu lieu à Saskatoon, en mai dernier, et son principal objectif était le suivant :

"Cet atelier a été organisé en vue de fournir aux travailleurs sociaux, aux avocats et autres professionnels la possibilité de savoir quelle expansion prend le domaine de la médiation en matière familiale en Saskatchewan. Vous avez là l'occasion de mieux comprendre ce que recouvre la médiation et de vous familiariser avec les principes et la philosophie qui la sous-tendent. Vous pourrez discuter des sujets d'intérêt avec des médiateurs de profession."

Les membres du personnel de consultation devant les tribunaux prennent leur rôle au sérieux et consacrent beaucoup de temps et d'efforts à créer et à organiser des forums éducatifs visant à mieux informer le public et les professionnels sur la médiation. Tous les conseillers et médiateurs participent à la Médiation familiale en Saskatchewan et à la Médiation familiale au Canada. Le travail qu'ils accomplissent prouve clairement que, pour eux,

la médiation est un moyen sain, pratique et amiable de résoudre les conflits.

LE TRIBUNAL DE ST. JOHN'S

Le tribunal de St. John's, à l'instar de celui de Saskatoon, était à l'origine, un des quatre projets témoins du tribunal de la famille à juridiction regroupée. Inauguré en juin 1979, il a continué à fonctionner après que le projet témoin de trois ans eut pris fin. L'adoption, en 1977, de la Loi sur le tribunal de la famille à juridiction regroupée a placé St. John's et sa région sous la juridiction du tribunal, dans un rayon d'environ 40 kilomètres. Étant donné que la péninsule d'Avalon est fortement peuplée, ce tribunal instruit la majeure partie des actions en divorce et en séparation de la province.

Au moment où notre recherche a débuté, ce tribunal était situé dans une maison historique de la vieille ville de St. John's. Cette demeure comportait plusieurs salles d'attente ainsi que des salles de jeu et l'intention avait été de créer une atmosphère détendue, tant dans les aires de réception que dans le tribunal lui-même. Une des salles d'audience était située dans ce qui avait dû être la salle à manger; quant au juge, il siégeait à une simple table et non sur une estrade comme dans la plupart des autres tribunaux. Un impressionnant escalier en spirale menait au bureau de l'administrateur de la cour, à ceux des travailleurs sociaux et à ceux du service de soutien du tribunal. Il y avait également une salle d'attente distincte pour chacun des conjoints. Ainsi, à la différence de la plupart des tribunaux canadiens, les conjoints n'avaient pas à s'asseoir côte à côte en attendant de passer devant le juge.

Nous en parlons au passé parce que, au cours de l'été 1986, l'immeuble et une grande partie des archives qu'il contenait ont

été complètement détruits. Les dernières fois où nous nous sommes rendus à ce tribunal, il était installé au rez-de-chaussée du Palais de justice de St. John's. Fait remarquable, l'incendie s'est produit un samedi soir et le lundi ou le mardi suivant, le tribunal fonctionnait de nouveau, malgré un certain désarroi.

Au moment où cette catastrophe s'est produite, nous avions terminé l'analyse des archives du tribunal, mais il nous a été impossible de déterminer systématiquement le nombre d'actions renvoyées devant le tribunal pour une demande de modification ou d'exécution des ordonnances. Nos données d'observation du tribunal de St. John's sont aussi extrêmement limitées, pour d'autres raisons.

Tout d'abord, quatre à cinq mois après le début du projet, la chercheuse à qui ce territoire d'enquête avait été confié est tombée malade et a dû cesser de travailler. Nous l'avons remplacée par une autre personne, mais lorsque celle-ci a été en mesure d'observer le processus des services de counseling et de médiation, tout le personnel du tribunal a démissionné, pour diverses raisons. Ces employés ont été remplacés, mais des postes permanents n'ont été créés qu'en avril 1986. A ce moment-là, le calendrier de nos travaux prévoyait que nous aurions terminé nos recherches au tribunal et que nous commencerions à interroger les clients. De toute manière, il n'a pas paru possible d'observer ce qui, à toute fin pratique, était un tout nouveau service. Finalement, bien que ce fait n'ait pas eu une répercussion directe sur la recherche, il faut noter que l'administrateur de la cour, qui appartenait au tribunal depuis le début, a également démissionné et a accepté un poste dans la région des Prairies. En outre, le seul juge du tribunal a été nommé à la Cour suprême de Terre-Neuve et a été remplacé par Madame le juge Mary Noonan qui, en tant que membre du ministère provincial de la Justice, avait joué un rôle vital dans la

création, à St. John's, du tribunal de la famille à juridiction regroupée.

Cette juge croit fermement aux principes qui sous-tendent le modèle de tribunal de la famille à juridiction regroupée et, en particulier, au recours à des méthodes non contradictoires pour résoudre les litiges matrimoniaux et familiaux. En exemple, disons qu'à l'instar de son prédécesseur, elle exige toujours une évaluation en matière de garde lorsqu'il y a contestation et qu'elle invite en général les parties en désaccord à se prévaloir des services de la branche sociale du tribunal.

La branche sociale

Au moment de notre recherche, la branche sociale comptait deux conseillers à plein temps et un employé à temps partiel. Le tribunal fait aussi souvent appel à des professionnels indépendants, principalement pour les évaluations en matière de garde. Il était prévu que cette branche sociale fournirait des services d'accueil, d'information, de counseling à court terme, de médiation et d'évaluation en matière de garde. Cependant, les membres du personnel étaient peu nombreux et même s'ils s'intéressaient à la médiation en matière de divorce, à l'accueil et à l'information, le counseling et la supervision des évaluations en matière de garde prenaient presque tout leur temps.

En fait, à ce moment-là, la majeure partie des services de médiation étaient dispensés par un des conseillers. Ce dernier avait participé auparavant à un projet spécial du tribunal portant sur le counseling en cas de crise, c'est-à-dire les cas de sévices corporels. Il avait participé activement à la fondation, à Terre-Neuve, d'une agence de la Médiation familiale au Canada, et il connaissait très bien ce domaine. Il faut bien

comprendre qu'il ne pouvait pas se consacrer entièrement à la médiation et il est évident que, dans certains cas, il nous a été plus difficile de faire la part entre le counseling et la médiation proprement dite que dans les deux autres territoires d'enquête. Bref, le nombre de causes que nous avons pu inclure dans notre analyse s'est limité à soixante, sans pourtant pouvoir affirmer qu'il s'est agi uniquement de médiation, du genre de celle que nous avons pu observer dans les deux autres territoires.

Il faut cependant faire remarquer que bien que le tribunal de St. John's ne traite que des questions de garde et d'accès, l'ancien administrateur de la cour a tenté, en tant que juge de paix, de tenir des audiences non officielles pour aider les parties à parvenir à une entente sur les mesures d'allocation d'entretien et ainsi leur éviter d'avoir à se présenter en cour. Cette méthode n'était applicable que dans la mesure où il ne s'agissait de ce que le tribunal de la famille à compétence intégrale appelle des "causes familiales", c'est-à-dire des actions tombant sous le coup de la législation provinciale et non pas sous celui de la Loi sur le divorce.

Le tribunal de St. John's démontre un intérêt croissant à l'égard de la médiation en matière de divorce et à la nouvelle association d'avocats qui s'ensuit, mais il semble que, dans le secteur privé, la médiation n'est exercée que par deux ou trois personnes. Toutes ont un autre travail à plein temps et elles procèdent de temps à autre à des évaluations en matière de garde, en vertu de contrats que leur octroie le ministère de la Justice de Terre-Neuve.

Disons, en résumé, que nous avons tiré des données objectives des archives du tribunal et des entrevues avec les clients, mais que nous ne possédons pas de données descriptives et qualitatives

semblables à celles que nous possédons pour les deux autres territoires d'enquête. Dans la section suivante, nous étudions de manière plus générale la question de la médiation en matière de divorce au Canada.

LA MÉDIATION EN MATIERE DE DIVORCE AU CANADA

Au moment où ce projet a été mis sur pied, on avait remarqué que, les services de consultation et de médiation auprès des tribunaux étaient très diversifiés au Canada, allant du simple accueil et de l'information jusqu'au counseling thérapeutique à plus ou moins long terme. En outre, certains services ne pouvaient fournir que des services de médiation ou de counseling en matière de garde et d'accès, tandis que d'autres se chargeaient de régler les quatre questions fondamentales. Finalement, il nous a alors semblé que les personnes dispensant les services de médiation usaient de différentes méthodes. Nous avons conclu que le débat sur la nature, l'objet, le processus et les buts de la médiation familiale était loin d'être terminé.

Deux années de recherche sur la médiation et sur ses résultats, et les diverses conférences sur la médiation en matière de divorce auxquelles nous avons assisté ont fort peu contribué à modifier nos impressions initiales ou à nous les faire réviser. Au cours des dernières années, la médiation en matière de divorce a éclipsé les anciennes notions de réconciliation et de counseling en vue d'une réconciliation possible, mais les conférences auxquelles nous avons assisté et les données tirées des entrevues révèlent que, au Canada, ce domaine encore assez nouveau et en cours de développement comporte des questions non résolues au sujet des méthodes de médiation, de leur portée et de la compétence que doit avoir un médiateur en matière de divorce. Les discussions et les exposés présentés lors des conférences auxquelles nous avons assisté

laissent entendre, en fait, qu'il s'agit d'un groupe en passe d'accéder à un statut professionnel.

Professionnalisation

Une des premières étapes de ce processus -- la formation d'une association -- a déjà été franchie aux échelons national et provincial. Ces associations nouvellement formées ont depuis peu adopté un code déontologique qui "régit les relations des médiateurs en matière familiale avec leurs clients, leurs collègues et le grand public."[64] Ces codes ont tenté de définir la médiation en matière de divorce et la place qu'elle occupe dans le système judiciaire.

Cependant, une profession se distingue d'une occupation par les conditions d'admission à celle-ci et les compétences exigées. La question de savoir s'il serait bon, actuellement, de tenter de déterminer les qualifications et l'expérience requises pour coiffer le titre de médiateur en matière de divorce et de litiges familiaux fait encore l'objet de controverses et de polémiques. D'une part, il est facile de comprendre qu'actuellement tout le monde peut, en fait, se dire médiateur en matière de divorce. D'autre part, l'opinion générale semble être que ce domaine étant relativement nouveau, il est prématuré de vouloir fixer des normes de qualification minimales pour les médiateurs.

Deux raisons semblent expliquer ce fait. Tout d'abord, pour le moment, il est évident que la plupart de ceux et celles qui offrent des services de médiation ou que ce domaine intéresse y sont venus par des voies diverses, aussi bien volontairement que par l'effet du hasard. Ils ont reçu une formation spécifique en médiation en suivant des ateliers présentés par des personnes qui ont rédigé ce que Kressel appelle des manuels à l'intention d'autodidactes se destinant à cette spécialité. Comme nous le

verrons plus loin, la majorité de ces personnes ont une formation professionnelle en santé mentale, mais parmi celles qui préfèrent être médiateurs, peu nombreuses sont celles qui ont une formation professionnelle dans ce domaine.

Nous pensons que la deuxième raison pour laquelle on s'oppose à l'adoption de normes précises de compétences tient au fait que la médiation en matière de divorce, qui a sa principale origine aux États-Unis, a ses racines dans deux domaines totalement distincts et dont l'orientation est également très différente. Le counseling en vue d'une réconciliation possible prédomine, bien entendu. La plupart des médiateurs sortant de cette branche ont reçu une formation professionnelle en santé mentale et sont donc portés à user du counseling et de méthodes thérapeutiques. Au fur et à mesure que les avocats ont commencé à s'intéresser à la médiation, ils ont eu tendance à adopter des méthodes plus structurées et plus orientées vers des buts, que l'on qualifie à présent de "techniques de rechange en vue d'un règlement des litiges". Il semble que ce procédé est fondé sur la même théorie et la même stratégie que la médiation en matière de conflit de travail et autres. Le caractère "affectif" des tâches des travailleurs sociaux fait place à des méthodes qui, en fait, font abstraction des sentiments et qui s'appliquent aux questions fondamentales : qui obtient la garde des enfants, comment les biens sont partagés, qui paie quoi, à qui, et pendant combien de temps.

Ce qui précède laisse entendre clairement que la médiation en matière de divorce renaît, tel un phénix, des cendres du domaine plus traditionnel des services de counseling en vue d'une réconciliation possible. Nous pensons que cela est vrai jusqu'à un certain point, car nombre de ceux qui, il y a quelques années encore, se considéraient comme des conseillers en réconciliation se disent maintenant médiateurs en matière de divorce.

Cependant, comme il ressort de la description des trois services incluse dans la présente étude, bien que tous se soient inspirés des ouvrages publiés récemment sur la médiation en matière de divorce et qu'ils aient été influencés par eux, aucun n'a renoncé à la notion qu'il avait de la conciliation et du counseling en vue d'une réconciliation possible.

Il serait peut-être bon de se pencher sur les raisons qui ont poussé à ce changement d'appellation, et il semble qu'il y en ait au moins trois. La première, et la plus évidente, est que le terme de "counseling en vue d'une réconciliation possible" prête trop à confusion. Bien qu'il puisse y avoir théoriquement un lien entre la réconciliation (qui maintient le mariage) et le counseling en vue d'une réconciliation possible (qui permette de régler les points litigieux à la fin d'une union), il est évident que les personnes étrangères à ce domaine ont du mal à faire une distinction entre ces deux concepts. Tant pour les clients éventuels que pour les juges et les avocats, le terme de "médiation en matière de divorce" décrit mieux les objectifs de cette méthode.

Une autre raison connexe à ce changement est le fait que la médiation, qui vise à mener d'une manière structurée à un contrat final, est mieux vue des administrateurs de la cour et des juristes; la médiation est compréhensible et on sait ce qu'elle donne dans d'autres domaines. Elle permet d'espérer des résultats mesurables dans un temps donné. Par contraste, le counseling n'a pas toujours un aboutissement aussi facile à cerner, ses buts sont parfois vagues et flous, et le succès tient bien souvent à l'attitude mentale du conseiller et de ceux qu'il conseille. En bref, dans un système où les actions ont, à l'exception d'une minorité, un début et une fin, il est plus facile de vanter les avantages de la médiation que ceux du counseling en vue d'une réconciliation possible.

Enfin, comme nous l'avons mentionné précédemment, la plupart des avocats n'ont pas reçu une formation de conseiller, mais ils savent ce que recouvre la médiation. Par conséquent, dans la mesure où les avocats sont intéressés par ce domaine, les méthodes et les principes qui atténuent les aspects affectifs et thérapeutiques du counseling en vue d'une réconciliation possible ont des chances de plaire davantage. Il ne faut donc pas être surpris de constater qu'aux États-Unis, près de la moitié de ceux qui se disent médiateurs ont été formés par James Coogler qui, toute sa vie, a été adepte d'une méthode consistant à s'efforcer de ne pas mêler les aspects émotifs du divorce aux questions matérielles qui l'entourent.

Étant donné qu'une grande partie des ouvrages sur la médiation en matière de divorce et de la formation dans ce domaine viennent des États-Unis, il est compréhensible que le Canada soit passé, lui aussi, du counseling en vue d'une réconciliation possible à la médiation en matière de divorce. Cependant, au Canada, les avocats ont montré jusqu'à présent moins d'intérêt pour la pratique de la médiation et Howard Irving, qui a eu une influence prépondérante sur la médiation au Canada, s'est tourné vers une méthode plus structurée, sans pour autant renoncer aux principes de son oeuvre sociale selon lesquels il faut s'occuper à la fois des aspects affectifs et des aspects pratiques d'une rupture de mariage. Bref, comme on le verra plus loin, au Canada, la médiation en matière de divorce est actuellement presque exclusivement le domaine de personnes ayant reçu une formation en travail social et en santé mentale.

Aspects de la médiation en matière de divorce au Canada

Nous avons dit dans la deuxième partie du présent rapport que deux études supplémentaires avaient été conçues de façon à nous

faire sortir du cadre des services auprès des trois tribunaux et de nous permettre de voir, avec un certain recul, ce qu'est en général la situation au Canada. Les informations qui suivent sont tirées d'entrevues et des résultats d'un questionnaire expédié par la poste aux médiateurs en matière de litiges familiaux et aux avocats spécialisés, au Canada, en droit de la famille ainsi que de l'Inventaire des services canadiens de médiation en matière de divorce et de consultation en vue d'une réconciliation colligé par le ministère de la Justice au Canada.

Au cours des dernières années, on a pu constater tant aux États-Unis qu'au Canada une forte croissance du nombre de personnes pratiquant la médiation en matière de divorce. Le dernier profil des services de counseling et de médiation en matière de divorce a permis de relever environ 476 personnes rattachées à 307 organismes, associations, services gouvernementaux ou bureaux privés. Ce profil révèle que 36 p. 100 des répondants exercent à titre privé, que 28 p. 100 appartiennent à des organismes communautaires à but non lucratif, que 26 p. 100 appartiennent à des tribunaux de la famille à juridiction regroupée, et que 4 p. 100 appartiennent à divers organismes ou bureaux. On peut voir au tableau 4.1 la distribution des 180 personnes qui ont répondu à notre questionnaire.[65]

Tableau 4.1

Répartition des médiateurs
en fonction de leur lieu de travail

Lieu de travail	Pourcentage
Au tribunal	35,5
A titre privé, à temps partiel	31,4
A titre privé, à plein temps	7,7
Service communautaire	16,0
Autres	9,5

1) Formation et qualification

Ce profil révèle également que ceux qui ont répondu au questionnaire ont fait des études universitaires avancées : 71 p. 100 des médiateurs et 81 p. 100 des conseillers ont un diplôme d'études universitaires supérieures. Seulement 61 p. 100 des répondants possèdent un diplôme de deuxième ou troisième année d'études universitaires, mais la presque totalité (93 p. 100) ont généralement au moins un baccalauréat ès Arts (76 p. 100). Le deuxième grade le plus courant est un diplôme en psychologie (38 p. 100), suivi de près par une maîtrise en travail social (37 p. 100). Tout comme dans l'enquête principale, on peut voir qu'environ 10 p. 100 des conseillers ont un doctorat, là aussi le plus souvent en psychologie (65 p. 100).

Il semble cependant que seul un très faible nombre de ces conseillers (si ce n'est aucun d'entre eux) ont reçu une formation spécialisée en médiation. Pour ainsi dire tous ont répondu que leur formation s'était faite sur le tas en suivant des ateliers à court terme et en lisant des ouvrages sur le sujet.[66] Il n'est donc pas surprenant que moins d'un cinquième des conseillers aient dit préférer un modèle particulier ou une méthode particulière de médiation (Tableau 4.2). Ils semblent, au contraire, s'être créé leur propre méthode en s'inspirant parfois de modèles qu'ils adaptent selon les circonstances ou les personnalités.

Tableau 4.2

Méthode de médiation

Méthode	Pourcentage
Modèle spécifique	18,9
Adaptation d'un modèle existant	24,4
Pas de modèle particulier, ni de méthode particulière	56,7

Bref, les données que nous avons sur la compétence des médiateurs en matière de divorce mettent en lumière le fait que les médiateurs en matière de divorce sont bien instruits, mais que la formation en matière de médiation qu'ils ont reçue est souvent limitée et inégale. Les avocats ont dit avoir une bonne opinion des médiateurs dans leur collectivité. En général, ces avocats spécialisés en droit de la famille estiment que les médiateurs en matière de divorce sont compétents dans le domaine de la santé mentale et du counseling en vue d'une réconciliation possible, mais qu'ils n'ont pas les compétences voulues pour entrer dans les complexités du droit de la famille (Tableau 4.3)

Tableau 4.3

Jugement porté par les avocats sur la compétence des médiateurs en matière de divorce

Jugement porté	Pourcentage
Très compétents	12,5
Très compétents en tant que conseillers, mais pas en droit de la famille	72,2
Peu compétents	9,7
Sans opinion/divers	5,6

Tel que prévu, les avocats et les médiateurs en matière de divorce ont une opinion divergente sur le type de formation ou d'expérience que doit posséder un médiateur en matière de

divorce. Près de la moitié des avocats spécialisés en droit de la famille pensent que la médiation ne devrait être pratiquée que par des personnes ayant une formation en droit, tandis que les médiateurs semblent vouloir ouvrir ce domaine aux deux groupes professionnels. Finalement, une majorité écrasante de médiateurs en matière de divorce sont en faveur d'une certaine reconnaissance, par l'État, du statut professionnel, soit tout de suite (74,7 p. 100)soit dans les années à venir (11,7 p. 100).

Tableau 4.4

Opinions sur la compétence souhaitée chez les médiateurs en matière de divorce

Type de connaissances	Médiateurs en droit de la famille	Avocats spécialisés
Seulement les personnes ayant reçu une formation pour exercer une profession touchant à la santé mentale	20,0	38,7
Seulement les personnes ayant reçu une formation juridique	1,8	49,7
Les deux groupes de professionnels	65,5	11,0
Autres	12,7	0.6

La médiation en matière de divorce est relativement nouvelle, ce qui explique que les conseillers ont en moyenne 9,9 ans d'expérience en consultation, mais seulement 5,3 ans d'expérience en médiation. Comme on peut le voir au tableau 4.5, la médiation ne constitue pas non plus une part importante de la somme de causes dont sont chargés les médiateurs et les médiatrices qui ont été interrogés. Nous n'avons pas tenté d'établir une ventilation des services mais, en moyenne, les répondants et répondantes ont estimé que seulement 51 p. 100 de leurs revenus provenaient des activités figurant sur ce tableau. Comme prévu,

les médiateurs rattachés aux tribunaux et ceux exerçant à titre privé présentent des différences importantes. Les premiers tirent 81 p. 100 de leurs revenus de ces activités, tandis que ceux exerçant à titre privé n'en tirent que 26 p. 100.

Tableau 4.5

Répartition de la charge de travail

Activité	Pourcentage
Counseling personnels	18,7
Counseling matrimonial	13,2
Counseling en cas de séparation	19,2
Médiation en matière de divorce	14,5
Évaluations en matière de garde	9,6
Autres	12,6

2) Comparaison entre les divers territoires d'enquête

La source de renvoi de la clientèle et l'étape à laquelle un médiateur intervient diffèrent également entre les divers types de services de médiation, à savoir ceux qui relèvent des tribunaux, ceux qui relèvent des services communautaires et ceux offerts par des médiateurs exerçant à titre privé (Tableau 4.6). Les médiateurs rencontrent les couples à diverses étapes de la rupture, mais plus fréquemment après que les époux se soient séparés (47 p. 100) et lorsque l'action est instituée ou en instance (26,7 p. 100). Il est intéressant de noter qu'environ 11 p. 100 des clients que reçoivent les médiateurs en matière de divorce auront probablement encore à régler des problèmes de droit de visite et de sortie, après qu'ils auront divorcé ou qu'ils seront séparés légalement. Nous avons découvert que la majorité de ceux qui ont eu recours à la médiation après leur divorce sont les mêmes que ceux qui ont tenté de conclure une entente de garde conjointe, en particulier lorsque la garde conjointe des enfants est conseillée aux ex-époux.

Tableau 4.6

Catégories de cas de médiation en matière de divorce par type de service adopté (La somme des pourcentages n'égale pas 100)

Catégorie	Type de service adopté			
	Auprès des tribunaux	Pratique privée	Service à la collectivité	Total
Counseling matrimonial menant à la médiation en matière de divorce	5,8	24,1	20,7	16,4
Après la séparation	58,9	34,6	48,9	47,0
Après l'action en justice	17,1	24,3	12,3	18,9
Après la première audience en cour	11,1	5,6	5,8	7,8
Médiation après le divorce/ après la séparation	15,4	6,9	10,8	11,0

La principale différence entre la médiation rattachée aux tribunaux et les autres services de médiation est que la première diminue les risques de voir comparaître en cour des personnes qui ne savent pas encore si elles sont fermement décidées à mettre fin à leur union et qui considèrent qu'une rencontre avec un conseiller ou un médiateur peut aboutir à une réconciliation. Il est également probable que les couples feront appel à ces services après l'introduction de l'instance et après que le jugement soit rendu.

Comme il ressort du tableau 4.7, les médiateurs qui exercent à titre privé, ou qui sont au service d'organismes communautaires, doivent aux avocats une plus forte proportion de leur clientèle que les médiateurs rattachés aux tribunaux. Mis à part les cas où les clients s'adressent directement à des

médiateurs rattachés aux tribunaux, ces derniers doivent la majorité de leur clientèle aux procédures d'accueil et aux membres du tribunal même.

Tableau 4.7

Sources des cas de médiation en matière de divorce par type de service

Source	Type de service			
	Tribunaux	Pratique privée	Service à la collectivité	Total
A la suite de counseling matrimonial	5,3	19,0	14,6	13,8
Avocats	13,3	33,0	22,3	
Accueil au tribunal	21,6	4,1	8,9	11,9
Consultation recommandée par la cour	17,5	4,2	5,6	9,6
Initiative des conjoints	31,5	27,0	39,4	31,6

Les médiateurs en matière de divorce estiment que les couples assistent en moyenne à 3,5 séances de médiation. Ici encore, on observe des différences entre les types de services offerts. Le nombre moyen de séances de médiation auprès des tribunaux est de 2,4; il est de 4,6 chez un médiateur exerçant à titre privé et de 3,4 pour les services à la collectivité. Il ressort également des réponses des avocats au questionnaire qui leur a été envoyé par la poste que les médiateurs exerçant à titre privé doivent davantage de clients à des avocats qu'à des médiateurs rattachés à des tribunaux. Parmi les avocats interrogés, 54,5 p. 100 préfèrent envoyer leurs clients à des médiateurs exerçant à titre privé, et seulement 15,3 p. 100 préfèrent les aiguiller aux

services de médiation des tribunaux. Le reste, soit 30,1 p. 100, n'a manifesté aucune préférence.

Il est intéressant de comparer ces résultats sur la médiation au Canada à ceux obtenus aux États-Unis. Comme l'a fait observer Kenneth Kressel, "dans le secteur privé, le recours à la médiation se fait plus spontanément de "bouche à oreille", pourrait-on presque dire". Les médiateurs exerçant à titre privé signalent que plus de la moitié (56 p. 100) de leurs clients viennent d'eux-mêmes les consulter et que moins d'un tiers s'adressent à eux suite à la suggestion d'un avocat ou d'un thérapeute. Moins de 10 p. 100 des clients ont recours à un médiateur du secteur privé sur recommandation du tribunal. Dans le secteur public, la situation est inverse puisque 82 p. 100 des clients viennent directement sur recommandation du tribunal et que seulement 16 p. 100 des clients ont de leur propre initiative recours à la médiation.[67]

Nous traiterons plus loin des taux de règlement, mais il est déjà possible de remarquer que ce qui différencie également les services de médiation rattachés aux tribunaux de ceux qui ne le sont pas est que ces derniers mènent à un plus grand nombre de réconciliations. Cela s'explique sans doute par le fait que les services privés de counseling matrimonial s'occupent de cas beaucoup plus divers et que la plupart des services devant les tribunaux n'offrent pas officiellement de counseling vue d'une réconciliation possible. Comme on peut le voir au tableau 4.8, les médiateurs estiment que le taux global de règlement est d'environ 54 p. 100 et que dans au moins 17 p. 100 des cas, ils parviennent à "clarifier les litiges". Bien que nous ne soyons pas tout à fait sûrs de ce que cela signifie, les médiateurs semblent considérer que c'est là cependant un résultat valable de la médiation.

Tableau 4.8

Résultats obtenus par les médiateurs
en matière de divorce
selon le type de services fournis

	Type de services			
	Auprès des tribunaux	Pratique privée	Service à la clientèle	Total
Réconciliation	6,4	20,7	10,8	13,1
Entente complète	56,5	48,7	57,8	53,6
Entente partielle	16,2	18,1	16,6	17,0
Litiges insolubles	15,4	13,8	13,3	14,3

Certaines des différences finales tiennent à la participation des avocats dans trois types de services. En moyenne, 40 p. 100 des médiateurs ne peuvent pas dire d'avance quel type de cas mènera à recourir à un avocat, mais il semble que la participation des médiateurs du secteur privé soit de plus en plus régulière ce qui n'est pas le cas chez les médiateurs rattachés aux tribunaux (Tableau 4.9).

Tableau 4.9

Participation des avocats
au processus de médiation
selon le type de médiation

Étape à laquelle les avocats interviennent	Type de médiation			
	Tribunaux	Pratique privée	Service à clientèle	Total
Avant la médiation	22,0	43,8	25,0	31,4
Pendant la médiation	1,7	23,4	11,1	12,6
Après le règlement	13,6	12,5	11,1	12,6
Pendant, avant ou après la médiation	58,9	20,3	47,2	39,6

Ces différences résultent clairement des différences structurelles entre les services de médiation rattachés aux

tribunaux et ceux qui ne le sont pas, et des probabilités plus grandes que les avocats dirigent leurs clients vers des médiateurs de pratique privée étant donné que la différence est minime entre les trois quant à savoir à quelle étape un avocat devrait intervenir : 41 p. 100 préfèrent qu'il intervienne après l'entente, 22 p. 100 pendant la médiation, et 37 p. 100 n'ont pas de préférence particulière. Quant à l'opinion qu'ils ont de leurs relations avec les avocats, 78 p. 100 des médiateurs les estiment "cordiales" (Tableau 4.10). Les médiateurs rattachés aux tribunaux semblent avoir des relations légèrement meilleures avec les avocats que ceux du secteur privé.

Tableau 4.10

Relations des médiateurs avec les avocats selon le type de service de médiation

Relations	Type de service			
	Auprès des tribunaux	Pratique privée	Services à la clientèle	Total
Cordiales	87	75	68	78
Distantes	8	9	11	9
Hostiles	2	5	--	3
Aucune relation	3	6	11	6
Autre	--	5	11	4

Interaction des avocats et des médiateurs

Au cours des dix dernières années, les maux dont on a accusé le système contradictoire et la nécessité de trouver des solutions de rechange à cette méthode, apparemment inappropriée et désastreuse, de règlement des litiges liés à une rupture de mariage, ont fait couler beaucoup d'encre. Dans la deuxième partie du présent rapport, et dans les rapports antérieurs, nous avons résumé la plupart des arguments à l'encontre du processus contradictoire. Nous n'avons pas l'intention de les reprendre, mais nous voudrions simplement faire remarquer que la plupart des

critiques -- que ce soit celles des auteurs rattachés à la Commission de réforme du droit, celles formulées par les auteurs d'ouvrages sur la médiation ou celles qui paraissent dans les journaux -- ont été souvent de nature très polémique et non objective. Comme l'a fait remarquer Kenneth Kressel, il est assez curieux de constater que ce sont ceux dont le but est de parvenir à des compromis et de ne pas user de méthodes antagonistes qui ont peut-être donné un caractère antagoniste à cette rhétorique anti-avocats et à cette polémique.[68]

Bien entendu, il est difficile de lire les ouvrages et les articles des partisans reconnus de la médiation en matière de divorce sans être influencé par eux. Tel est notamment le cas lorsque des juristes qui se préoccupent de la réforme du droit de la famille semblent faire écho aux mêmes critiques et préoccupations au sujet du régime traditionnel. Nous pensions donc trouver des avocats spécialisés en droit de la famille qui seraient indifférents -- sinon opposés -- à la médiation en matière de divorce, à ses buts et à ses objectifs. Nous comprenons que les juristes se soucient de savoir si la médiation peut protéger adéquatement les droits de la personne et mener à des ententes acceptables par les tribunaux, mais nous nous demandons dans quelle mesure leur opposition à la médiation se fonde sur la notion abstraite qu'ils ont de la justice et sur la crainte que leurs revenus en souffrent.

Comme nous tenterons de le montrer dans les paragraphes qui suivent, nous avons dû changer d'opinion au cours de notre recherche. La conclusion fondamentale est que si le processus contradictoire traditionnel a mérité qu'on dénonce ses répercussions désastreuses, tel n'est plus vraiment le cas actuellement par suite de l'évolution des principes, des attitudes et de la pratique du droit de la famille au Canada. Vers la fin des années 1980, nous croyons qu'il est plus

difficile qu'autrefois d'être catégoriquement en faveur des médiateurs et contre les avocats, ce qui, il y a quelques années était très prisé; nombre d'avocats spécialisés en droit de la famille et de médiateurs en matière de divorce utilisent à présent les mêmes méthodes et la zone grise entre les deux professions est devenue si mince qu'il est peu probable que des chercheurs puissent trouver des différences importantes entre les cas où les avocats ont procédé par négociation et ceux ayant fait l'objet de médiation.

Autrement dit, tout nous portait à croire que nous découvririons une sorte de "conflit gigantesque" entre les objectifs des avocats et ceux des médiateurs. Restait à savoir si, en matière de processus, les deux professions ont des buts, une philosophie et des opinions sur le divorce suffisamment différents pour que le développement de la médiation et son utilisation en soient affectés. Actuellement, la plupart des personnes sur le point de divorcer sont plus susceptibles de faire appel à un avocat et ce, sur le conseil de parents et amis. Donc, en favorisant cette solution, les avocats spécialisés en droit de la famille jouent un rôle important dans le choix que posent leurs clients face à la médiation. Cela est particulièrement vrai dans le cas de divorces; les probabilités que ceux qui désirent régler leurs différends dans le cadre des lois provinciales soient influencés par le processus d'accueil du tribunal de la famille sont plus grandes. Nous allons maintenant nous pencher sur les réflexions, les attitudes et les pratiques des avocats spécialisés en droit de la famille et en faire une synthèse afin de pouvoir établir une comparaison avec celles des médiateurs en matière de divorce.

Les données que nous possédons sur les avocats spécialisés en droit de la famille viennent de deux sources : les entrevues avec les avocats que les chercheurs chargés d'un territoire d'enquête

ont identifiés comme ayant une charge considérable de travail dans le domaine du droit familial, et les questionnaires plus structurés qui ont été envoyés à un échantillonnage d'avocats que l'Association du Barreau canadien avait sélectionnés sur la base de leur intérêt pour le droit de la famille. Dans les deux territoires d'enquête les plus petits, nous avons interrogé pour ainsi dire tous les avocats qui se spécialisaient en droit de la famille. A Montréal, nous avons interrogé environ 25 avocats choisis parmi les nombreux avocats dont le nom figure régulièrement aux registres de la Division familiale.

Impressions générales des avocats spécialisés en droit de la famille

L'une des impressions les plus frappantes que nous aient laissées les entrevues est le fait que, pour des raisons purement structurelles, les avocats rencontrés dans les trois territoires d'enquête ont des relations de type très divers entre eux, avec le personnel du tribunal et avec les médiateurs rattachés aux tribunaux. A Montréal, nous avons dénombré plus de 400 avocats dont le nom figure régulièrement ou sporadiquement sur le rôle de la Division familiale. Par contre, à Saskatoon et à St. John's, ce chiffre se situe entre 30 et 40, et seulement environ la moitié d'entre eux sont des avocats spécialisés en droit de la famille. A St. John's, pratiquement tous les cabinets d'avocats sont sur la même rue, non loin du Palais de justice. Bien entendu, ils se connaissent très bien et, au cours des entrevues, ils nous ont très souvent donné le nom de confrères d'autres cabinets qu'ils nous ont conseillé de rencontrer. Tel a été également le cas à Saskatoon où, là aussi, les avocats semblent tous se connaître très bien.

Cette différence de proportion nous permet de conclure que, dans les collectivités de moindre importance, les avocats sont

tout à fait en mesure de dire comment leurs collègues réagiront à une situation particulière et, bien sûr, quelle attitude auront les juges vis-à-vis d'un argument ou d'une proposition de règlement particulier. En outre, ils connaissent bien le représentant du tribunal et côtoient même personnellement les quelques contractuels et médiateurs du secteur privé qui procèdent à des évaluations en matière de garde devant le tribunal. Nous avons donc découvert que l'idée que les avocats se font du rôle de la médiation n'est pas totalement abstraite et qu'elle est influencée par les sentiments que leur inspire la médiation, telle qu'elle est pratiquée dans leur communauté par des services rattachés ou non aux tribunaux.

Bien entendu, la situation est différente dans les grandes villes comme Montréal. Les probabilités sont beaucoup plus grandes que les avocats ne se connaissent pas tous, ou du moins pas aussi bien. Ils ne peuvent pas non plus toujours savoir à l'avance lequel des nombreux juges siégera à une audience particulière. C'est peut-être la raison pour laquelle, comme nous l'avons dit, les avocats de Montréal semblent effectuer une grande partie de leurs négociations face à face avec l'autre partie, juste avant l'audience. Nos observations et nos entrevues dans les autres villes où s'est déroulée notre recherche nous portent à croire qu'une grande partie des négociations se fait par téléphone, au cours de rencontres non officielles et même, parfois, au cours d'un repas.

Il semble permis de conclure que la médiation en matière de divorce est plus utile et donne de meilleurs résultats lorsque les couples appartiennent à un contexte plus vaste et, par conséquent, juridiquement plus rigide; mais il serait cependant difficile d'interpréter les données en faveur de cette hypothèse. Jusqu'à maintenant, le divorce et la médiation en matière de divorce ont été analysés pour ainsi dire hors contexte. On s'est

principalement intéressé soit aux statistiques globales -- pourcentage de divorces contestés, nombre d'actions intentées mettant des enfants en cause, etc. -- soit à un aspect plus abstrait et plus universel du processus socio-psychologique lié aux ruptures de mariage et au règlement des litiges. Nous ne parlerons pas de l'influence que des variables telles que la taille de la collectivité peuvent avoir sur l'élément démographique, d'une part, et sur l'élément socio-psychologique, d'autre part.

Tous les chercheurs qui ont rencontré des avocats spécialisés en droit de la famille ont également eu l'impression générale que peu d'entre eux correspondent à l'idée qu'on s'est faite de l'avocat chicaneur qui ne cherche qu'à gagner sa cause et à percevoir des honoraires exorbitants. Kenneth Kressel, qui a étudié le tribunal des affaires matrimoniales au New Jersey, a fait remarquer que "les avocats ne sont pas tous du même modèle" et que "la façon dont ils envisagent leur tâche est des plus diverses." A l'aide d'un instrument de recherche normalisé, il divise son échantillonnage d'avocats américains en ce qu'il nomme les "conseillers" et les "plaideurs". Dans notre questionnaire postal, nous avons repris, en les modifiant quelque peu, la plupart des éléments de son questionnaire sur le rôle des avocats; dans la section suivante, nous en tirons des réflexions et établissons une comparaison entre leurs réponses et celles des médiateurs à qui nous avons envoyé un questionnaire à peu près semblable.

A ce stade, on peut noter simplement que les avocats que nous avons interrogés ne rentrent pas clairement dans la catégorie des "plaideurs amers, durs et cyniques" ni dans celle des "gentils conseillers". Il semblerait plutôt que certains d'entre eux n'ont pas une opinion ferme sur le rôle de la médiation, mais que d'autres sont très en faveur de cette méthode. Il faut noter

également que nous n'avons rencontré que des avocats ayant une forte pratique en droit de la famille. Bon nombre d'entre eux nous ont dit que les avocats les plus procéduriers qu'ils connaissent sont ceux qui exercent principalement au civil et qui ne se chargent d'une cause familiale que pour rendre service à un de leurs clients.

Quel que soit le cas, pratiquement tous les avocats que nous avons interrogés sont prêts à plaider, et ils le font si nécessaire, mais la grande majorité d'entre eux préfèrent négocier une entente, principalement parce qu'ils estiment que les gens sont davantage satisfaits d'un règlement obtenu par négociation et qu'ils en respectent mieux les termes que s'il est imposé par le tribunal. Certains avocats nous ont également fait remarquer que, dans la majorité des litiges familiaux, il n'y a aucun intérêt financier à faire appel aux tribunaux parce que, en général, les avocats ne peuvent pas réclamer à leurs clients des honoraires correspondant au temps qu'ils leur ont consacré ou qu'ils ont de la difficulté à se faire payer. La plupart d'entre eux préféreraient avoir un grand nombre de causes simples et non contestées, plutôt qu'un faible nombre de requêtes d'ordonnance de garde litigieuses et onéreuses. Certains ont également fait remarquer qu'il est souvent difficile de prévoir ce que seront les résultats d'une action contentieuse et qu'il est préférable de recourir, dans la mesure du possible, à la négociation entre parties. Finalement, certains avocats ont fait remarquer que même lorsqu'un client veut se lancer dans des contestations, ils ne peuvent pas toujours accéder à sa demande : ils ne verront ce client qu'une fois, tandis qu'ils doivent faire affaire régulièrement avec l'avocat de la partie adverse.

Contrairement à ce qu'il ressort des résultats de l'évaluation du tribunal de la famille à juridiction regroupée, les avocats que nous avons interrogés ne sont pas catégoriquement

hostiles à la médiation en matière de divorce et ne semblent pas se soucier particulièrement des répercussions qu'elle peut avoir sur les droits de la personne, sur leur rôle en matière de droit de la famille ou sur leurs revenus. En fait, nombre d'entre eux ont avancé des arguments en sa faveur et certains ont dit conseiller à leurs clients de recourir à la médiation pour régler leurs litiges.

Il ressort de l'étude des archives des tribunaux et de nos rencontres avec les médiateurs auprès des tribunaux que le nombre réel de cas que les avocats leur réfèrent est très minime; dans nos trois territoires d'enquête, environ 12 p. 100 des cas ont été aiguillés directement par des avocats aux services auprès des tribunaux. En outre, les résultats de notre questionnaire expédié par la poste montrent que si environ 85 p. 100 des avocats font connaître à leurs clients l'existence de la médiation, ce n'est que dans 10,4 p. 100 des cas qu'ils leur recommandent fortement d'y avoir recours.[69]

Notre dernière impression est que les avocats que nous avons interrogés ne sont que fort peu tentés de pratiquer eux-mêmes la médiation. Bien que dans chacun des territoires d'enquête certains avocats aient suivi une formation en médiation ou aient l'intention de le faire, l'intérêt qu'ils manifestent en général à cet égard est loin d'égaler celui enregistré lors de conférences et ailleurs. Le fait que nombre d'avocats ne font pas une distinction précise entre la négociation et la médiation, et qu'ils disent faire la plupart du temps une médiation, porte quelque peu à confusion. D'autres déclarent ne pas s'intéresser à la médiation et considèrent que le rôle de médiateur ne convient pas aux avocats. Certains nous ont également fait remarquer qu'il serait financièrement désavantageux pour eux de se lancer dans la médiation parce que, pour éviter les conflits d'intérêts, ils devraient aiguiller leurs clients vers un autre

cabinet d'avocats lorsqu'ils ont besoin de conseils juridiques ou d'être représentés en cour. Cela semblerait être le cas, que la médiation donne ou non des résultats satisfaisants.

Les résultats du questionnaire envoyé aux avocats spécialisés en droit de la famille tendent à refléter ces impressions générales. Au total, 220 avocats ont répondu à ce questionnaire (ce qui représente un taux de réponses d'environ 20 p. 100). Les questionnaires expédiés par la poste ne donnent généralement pas lieu à un taux élevé de réponse, mais les résultats de celui-ci sont particulièrement faibles et nous ne pouvons en conséquence pas affirmer que cet échantillonnage est représentatif de tous les avocats spécialisés en droit de la famille au Canada. Nous pensions que les avocats qui s'intéressent particulièrement à la médiation seraient les plus susceptibles de répondre à notre questionnaire. Toutefois, s'il y a une erreur systématique, elle joue probablement en faveur des avocats qui favorisent des méthodes plus amiables en matière de règlement des litiges familiaux, tendance qui est confirmée par les résultats des entrevues que nous avons eues avec eux.

La majorité de nos répondants étaient des hommes (72 p. 100) ayant, en moyenne, 12 ans de pratique du droit. Seulement environ deux cinquièmes ont déclaré que plus de 50 p. 100 de leur charge de travail est constituée de litiges familiaux. La plupart (72 p. 100) ont enregistré un accroissement de leur pratique du droit familial, mais 30 p. 100 d'entre eux préféreraient avoir moins de causes de ce genre. Les honoraires moyens réclamés pour un divorce sont évalués à 1 337 $ et à 974 $ pour une entente de séparation ou une ordonnance en vertu de la législation provinciale. Environ les deux tiers d'entre eux ont déclaré que leurs honoraires varient en fonction du revenu de leur client. Environ la moitié des répondants sont associés à un

cabinet d'avocats et seulement un peu plus d'un cinquième d'entre eux exercent seuls.

Bien que nous sachions que moins de 5 p. 100 des actions en divorce sont contentieuses, les avocats nous ont déclaré qu'environ 73 p. 100 des actions le sont plus ou moins à l'origine. Nous avons pu constater qu'il est difficile de faire la part entre une action contentieuse et une action qui ne l'est pas. Les évaluations des avocats à ce chapitre varient entre 2 p. 100 et 98 p. 100, ce qui permet de penser qu'ils ont de la "contestation" une opinion assez semblable à celle des médiateurs de Montréal. (voir précédemment)

La grande majorité des actions en divorce (93 p. 100) semblent se régler par des négociations avec l'avocat de la partie adverse ou des discussions avec le client (5 p. 100). Selon les avocats, seulement environ 1 p. 100 des actions sont réglées à la suite d'une médiation, et moins de 1 p. 100 à la suite d'une évaluation en matière de garde. Lorsqu'il y a litige, la plupart des avocats (83 p. 100) préfèrent négocier un règlement, tandis que 16 p. 100 estiment qu'un règlement devant les tribunaux ou une entente négociée sont également satisfaisants.

Nous avons remis aux avocats une liste des avantages possibles de la négociation par rapport à un règlement contentieux. Leurs réponses figurent au tableau 4.11. Étant donné qu'ils pouvaient retenir plus d'un aspect, la somme des pourcentages n'est pas égale à 100.

Tableau 4.11

Principaux avantages de la négociation

Avantage	Pourcentage
Moins coûteuse pour les clients	86
Lie davantage les parties	29
Meilleure utilisation du temps des avocats	38
Résultats davantage prévisibles	57
Autres (satisfaction du client)	29
Aucun avantage particulier	2

Nous constatons tout d'abord que 91 p. 100 des répondants savent que des services de médiation sont dispensés dans leur collectivité et, comme nous l'avons dit précédemment, environ 85 p. 100 déclarent informer leurs clients que ces services existent. Cependant, à la question qui leur a été posée et qui visait à savoir s'ils sont plus portés à conseiller à leurs clients de recourir au counseling personnel qu'à la médiation, 29 p. 100 ont dit préférer le counseling personnel, 23 p. 100 la médiation en matière de divorce, et 42 p. 100 ont dit ne pas avoir de préférence. Autrement dit, ainsi qu'il ressort des données tirées des entrevues, les avocats semblent être davantage disposés à faire appel aux services offerts par leur communauté lorsqu'une des parties -- ou les deux -- présente des problèmes affectifs graves. Précisions cependant que bien qu'environ 75 p. 100 des avocats semblent portés à confier les litiges très difficiles à résoudre à des médiateurs en matière de divorce, seulement 3 p. 100 ne le feraient que si leur client a de sérieux problèmes affectifs. Par comparaison, seulement

31 p. 100 d'entre eux inciteraient leurs clients à recourir à la médiation lorsque le principal litige porte sur la garde et le droit de visite et de sortie des enfants.

Retournant la situation, nous avons demandé aux avocats dans quelles circonstances ils ne recommanderaient pas à leurs clients de recourir à la médiation et nous avons obtenu les résultats présentés ci-après. Les questions étant à réponses multiples, la somme des pourcentages n'égale pas 100.

Tableau 4.12

Circonstances dans lesquelles les avocats ne recommandent pas à leurs clients de recourir à la médiation

Circonstances	Pourcentages
Lorsque l'hostilité est très forte entre les parties	39
Lorsque la femme ou les enfants ont été victimes de sévices	30
Lorsque le client n'est pas prêt, affectivement, à la séparation	47
Lorsque le rapport de force n'est pas égal entre les époux	46
Lorsque les litiges peuvent facilement faire l'objet de négociations	2

Si des conclusions peuvent être tirées de ce tableau ainsi que des réponses aux questionnaires et lors des entrevues, elles portent à penser que les avocats ne considèrent pas la médiation en matière de divorce comme une solution de rechange très

pratique lorsque les parties souffrent de problèmes affectifs ou que le rapport de force entre elles n'est pas équitable.

Il est clair que les avocats ne sont pas non plus certains de savoir comment intervenir dans le processus de médiation et à quel moment le faire : 60 p. 100 d'entre eux pensent qu'ils devraient intervenir à n'importe quelle étape, tandis que 40 p. 100 pensent que leur rôle devrait se limiter à étudier l'entente finale. En outre, 88 p. 100 des avocats pensent aussi qu'ils devraient poursuive les procédures judiciaires pendant la médiation. Finalement, il est intéressant de noter que 31 p. 100 des avocats sont en faveur de la médiation obligatoire lorsque la garde et le droit de visite et de sortie font l'objet de litiges, et 50 p. 100 ont fourni des réponses qui permettent de penser, par exemple, qu'il devrait être fait un plus grand usage des évaluations de garde et des entrevues dans le cadre des auditions de toutes les parties en conflit. Seulement 11 p. 100 des avocats sont catégoriquement opposés à la médiation obligatoire. Compte tenu des craintes que l'on prête aux juristes au sujet de la médiation dans les domaines financier, mobilier et immobilier, il est également intéressant de noter que 70 p. 100 des avocats pensent que les médiateurs devraient s'occuper des questions de garde, de droit de visite et de sortie et d'allocation d'entretien, tandis que seulement 14 p. 100 pensent qu'ils ne devraient s'occuper que des questions de garde et de droit de visite et de sortie. Moins de 1 p. 100 croient que les médiateurs devraient s'occuper du partage des biens, et environ 15 p. 100 sont sans opinion ou ne veulent pas se prononcer sur cette question.

Y a-t-il un conflit gigantesque entre médiateurs et avocats?

Les ouvrages publiés laissent clairement percevoir que la médiation en matière de divorce ne part pas des mêmes prémisses que celles qui servent de base aux avocats spécialisés en droit de la famille. Nous avions tenté dans notre enquête sur les deux groupes de déterminer la distance qui les sépare dans trois domaines différents, à savoir : 1) les buts des ententes; 2) les obstacles à l'entente; 3) les attitude envers la médiation en matière de divorce. Chaque domaine comportait un certain nombre d'énoncés et nous avons demandé aux répondants de donner une note entre 1 et 10 pour un domaine, et entre 1 et 7 pour les deux autres domaines.

Lorsque nous examinons le tableau 4.13, qui porte sur les buts des ententes, la similitude entre les deux groupes est frappante. Certains énoncés ne concernaient qu'un seul des deux groupes. La différence la plus importante est que les avocats ne considèrent pas qu'ils ont la responsabilité de protéger les intérêts des enfants. Les entrevues que nous avons eues avec eux révèlent que certains d'entre eux estiment qu'il appartient au juge d'en décider. Mais la conclusion générale qu'on peut en tirer démontre qu'avocats et médiateurs ne sont pas si éloignés les uns des autres de fait que tous s'efforcent de parvenir à une entente de séparation ou de divorce.

Empruntant de nouveau beaucoup au "Questionnaire sur le rôle des avocats" de Kenneth Kressel, nous avons demandé aux deux groupes de donner une note aux divers obstacles à une entente. Les notes moyennes des deux groupes sont comparées au tableau 4.14.

Tableau 4.13

Buts d'une entente
Notes moyennes fournies par les avocats et les médiateurs en matière de divorce

But de l'entente	Note médiane	
	Avocats	Médiateurs
Obtenir pour mon client la meilleure entente financière possible	8,1	*
Obtenir une entente dont mon client (le couple) est satisfait, quoiqu'en pensent les autres	6,7	6,9
Obtenir une entente que je pense être équitable pour les deux parties	6,8	6,4
Obtenir une entente que les deux parties pensent acceptable	7,4	9,0
Créer un climat de coopération entre les ex-époux, après leur séparation ou leur divorce	7,3	8,3
Protéger le bien-être des enfants	3,6	9,4
Permettre aux clients de s'adapter, affectivement à la situation	4,7	6,0
Obtenir la meilleure entente possible pour le parent qui a la garde des enfants	*	4,6
S'assurer que les enfants ont un contact permanent avec leur père et leur mère		9,6

* Question non posée à ce groupe

(1 = but que je ne recherche habituellement pas; 10 = but que je recherche le plus souvent)

Tableau 4.14

Obstacle à une entente
Notes moyennes données par
les avocats et les médiateurs en matière de divorce

Type d'obstacle	Avocats	Médiateurs
Le caractère névrosé de la plupart des personnes en instance de divorce ou de séparation	3,6	3,5
L'instabilité affective temporaire des personnes qui se séparent	4,7	5,0
Les différences dans les buts d'entente recherchés par vous et par votre client	2,8	*
Les circonstances qui marquent la période à laquelle les époux entreprennent la médiation	*	4,7
L'atmosphère affective tendue entre les époux au moment où ils ont recours à la médiation	4,9	5,3
Le manque de critères précis pour établir ce qui constitue un règlement raisonnable	3,1	3,4
L'indécision des clients quant à leur décision de demander le divorce ou la séparation	2,2	3,5
Les conseils que les avocats donnent à leurs clients	*	4,2
Les espoirs irréalistes, quant à ce qui peut être obtenu, matériellement ou juridiquement	4,2	4,3
La somme des biens qui doivent être partagés	3,7	3,2
La pauvreté de la famille avant la rupture du mariage	3,3	3,0
Les attitudes ou la formation de certains juges de tribunaux de la famille	2,6	2,4

* Questions qui n'ont pas été posées aux deux groupes.

(1 = habituellement pas un obstacle majeur; 7 = habituellement un obstacle majeur)

Tout comme on peut le voir au tableau 4.13, certaines questions, pour des raisons évidentes, n'ont été posées qu'à un seul groupe. Là encore, la similitude entre les deux groupes est frappante : tous deux pensent que les problèmes d'affectivité, l'indécision et les espoirs irréalistes de ceux qui mettent fin à leur union sont des obstacles majeurs.

Finalement, pour avoir un meilleur aperçu de l'opinion que les avocats ont de la médiation et pouvoir la comparer à celle que les médiateurs ont de leur rôle, nous avons demandé aux deux groupes d'indiquer à quel point ils partagent l'avis des partisans et des adversaires de la médiation en matière de divorce. Comme on peut le voir au tableau 4.15, leur différence d'opinion est bien nette.

Tableau 4.15

Degré d'entente entre avocats et médiateurs au sujet des avantages et des inconvénients de la médiation en matière de divorce

Énoncé	Degré médian d'entente/de désaccord	
	Avocats	Médiateurs
La médiation en matière de divorce évite aux avocats d'avoir à s'occuper des problèmes affectifs de leurs clients	3,9	3,4
Les règlements obtenus par médiation sont plus durables que ceux obtenus par négociation ou par contestation	3,4	2,2
En général, les frais de justice encourus par les clients en cas de divorce sont inférieurs à ceux qu'ils encourent lorsqu'ils ont recours à la médiation pour parvenir à une entente	3,0	2,0
Les services de médiation auprès des tribunaux ou dans le secteur privé allègent la charge de travail des tribunaux de même que les frais de justice	3,5	2,2

La médiation en matière de divorce protège mieux les droits et les intérêts des enfants qu'un processus contradictoire	3,2	2,2
La médiation en matière de divorce aide à promouvoir le bien-être de la famille pendant et après le divorce ou la séparation	3,9	2,0
Les règlements obtenus par médiation en matière de divorce sont souvent incorrects, légalement ou techniquement	4,3	5,1
La médiation en matière de divorce ne protège pas adéquatement les droits de la personne	4,9	5,5
La médiation en matière de divorce mine le rôle des avocats lors de la séparation ou du divorce	4,2	5,6
La médiation en matière de divorce peut avoir pour résultat d'amener à des règlements inéquitables pour les femmes qui ont souvent moins d'expérience que les hommes dans le domaine de la négociation	3,8	5,0
La médiation ne fait que prolonger un processus déjà très long	4,0	5.9
Des causes qui auraient pu être réglées avec succès par médiation l'auraient été aussi bien par les avocats ou les parties elles-mêmes	3,8	5,7
Les hommes respectent davantage leurs obligations d'allocation d'entretien lorsqu'elles sont fixées par médiation plutôt que par les tribunaux	2,2	3,0

L'opinion neutre se situe à 4. Pour ce qui est des énoncés en faveur de la médiation, la note moyenne donnée par les médiateurs est de 2,0, et celle des avocats est de 3,3. En ce qui a trait aux énoncés négatifs, la moyenne est de 5,5 pour les médiateurs et de 4,2 pour les avocats. Autrement dit, bien qu'il

soit surprenant de remarquer qu'il n'y a pas beaucoup de différences entre les deux, les médiateurs, comme prévu, croient beaucoup plus aux soi-disant avantages de la médiation et lui trouvent peu d'inconvénients. Quant aux avocats, au lieu d'être en défaveur de la médiation en matière de divorce, ils se sont montrés dans l'ensemble neutres ou ambivalents au sujet de ses éléments positifs et négatifs.

Nos trois tableaux présentent les avantages de la médiation et il est évident qu'ils peuvent masquer les divergences des réponses. Il est certain que les avocats et les médiateurs ont donné des notes diverses à chacun de ces énoncés. Cependant, la ventilation des deux ensembles de données ne révèle pas de différence systématique entre les attitudes à l'égard de la médiation, des obstacles et des buts des ententes. Par exemple, les avocats de sexe masculin ne se montrent donc ni plus en faveur ni plus en défaveur de la médiation et n'ont pas plus d'opinions divergentes sur les buts et les obstacles liés à une entente que les avocates ou les médiateurs. Nous n'avons pas non plus pu déceler de rapport entre le nombre de clients ayant recours aux services d'avocats pour des questions de droit de la famille et les mesures dictées par leur attitude. Quant aux notes données par les médiateurs rattachés aux tribunaux, ceux qui exercent à titre privé et ceux appartenant à des services communautaires, elles sont, elles aussi, pratiquement semblables.

Si l'on se fonde sur les données qualitatives des entrevues et sur les comparaisons systématiques, il est difficile de ne pas accepter la conclusion de Kressel, à savoir que la médiation est une solution de rechange au règlement des litiges, solution ni pire ni meilleure que les méthodes traditionnelles de négociation. Les deux groupes de professionnels considèrent qu'ils font face aux mêmes obstacles et, en conséquence, ont à surmonter les mêmes tensions et les mêmes difficultés.

CARACTÉRISTIQUES DES CLIENTS AYANT EU RECOURS A LA MÉDIATION ET DES CLIENTS N'AYANT PAS RECOURS A LA MÉDIATION

Un élément important de l'évaluation consiste à savoir qui a recours aux services de médiation en matière de divorce et qui n'y a pas recours. Il est évident que ceux qui critiquent les évaluations de la médiation soulèvent souvent la question de la sélection autonome. Cela veut-il dire que ceux qui choisissent volontairement de régler leurs différends au moyen de la médiation sont très distincts de ceux qui n'ont pas recours pas à cette méthode? Le texte et les tableaux qui suivent révèlent certaines des caractéristiques générales des deux groupes. Il est évident que la plupart des personnes ayant eu recours à la médiation en matière de divorce ont également eu recours au système contradictoire et que si nous parlons de personnes "ayant eu recours à la médiation" et de personnes "n'ayant pas eu recours à la médiation", c'est pour faciliter la compréhension du texte. Pour des raisons semblables, nous avons groupé les données des trois territoires d'enquête, et s'il arrive que nous les ventilions, c'est parce que nous pensons que des différences importantes valent d'être signalées.

Revenu

Le tableau 4.16 montre que les personnes qui ont eu recours à la médiation ont un revenu légèrement supérieur à celui des personnes qui n'y ont pas eu recours. La différence de revenus entre les deux catégories est d'environ 100 $ par mois pour les femmes et de 207 $ par mois pour les hommes. A Montréal, où cette différence est la plus forte, elle se chiffre à 224 $ pour les femmes et à 369 $ pour les hommes. D'autre part, pour des raisons qui ne sont pas évidentes, la situation n'est pas la même à Saskatoon. En effet, tant les hommes et les femmes qui ont eu

recours à la médiation déclarent des revenus légèrement inférieurs à ceux et celles qui ont opté de recourir au système contradictoire.

Les données tirées de l'Analyse des instances révèlent que le nombre de personnes ayant recours à la médiation et qui gagnent plus de 20 000 $ par an (43,4 p. 100) est presque le double de celui des personnes n'ayant pas eu recours à la médiation et qui gagnent le même salaire (24 p. 100). Tel que prévu, les archives des tribunaux indiquent que les revenus des hommes sont beaucoup plus élevés que ceux des femmes, mais on relève la même différence entre les clients ayant eu recours à la médiation et ceux qui n'y ont pas eu recours.

Tableau 4.16

Revenu mensuel brut
des clients ayant eu recours à la médiation
et de ceux n'y ayant pas eu recours
par sexe et par territoire d'enquête

Femmes	Recours à la médiation	Sans recours à la médiation
Montréal	1 722	1 498
Saskatoon	1 210	1 359
St. John's	1 299	1 165
Tous les territoires	1 432	1 332
Hommes		
Montréal	2 700	2 331
Saskatoon	2 193	2 224
St. John's	1 580	1 431
Tous les territoires	2 287	2 080

Tableau 4.17

Revenu annuel des clients ayant eu recours à la médiation et de ceux n'y ayant pas eu recours

Revenu	Recours à la médiation	Sans recours à la médiation
Moins de 10 000 $	31,4	42,1
De 10 000 à 14 999 $	13,2	20,9
De 15 000 à 19 999 $	11,9	13,1
De 20 000 à 29 999 $	23,3	12,6
De 30 000 à 39 000 $	11,9	6,2
Plus de 40 000 $	8,2	5,1

Statut professionnel et emploi

Bien que le statut professionnel des deux groupes de clients soit presque le même, les clients ayant eu recours à la médiation sont des travailleurs non manuels, plutôt que manuels (49 p. 100 et 29 p. 100 respectivement). Seulement environ 10 p. 100 des clients n'ayant pas eu recours à la médiation sont des professionnels, tandis qu'ils représentent plus d'un quart de la clientèle ayant eu recours à la médiation (26,2 p. 100). A cette exception près, il n'y a pas de grande différence au niveau de l'emploi entre les deux groupes.

Niveau d'études

Les clients ayant eu recours à la médiation, tant les hommes que les femmes, ont un niveau d'études un peu plus élevé que les clients n'y ayant pas eu recours. Environ 55 p. 100 des clients ayant eu recours à la médiation ont fait des études post-secondaires, comparativement à environ 40 p. 100 des clients n'ayant pas eu recours à la médiation. Bien que les hommes aient en général un niveau d'études supérieur à celui des femmes, les

différences se maintiennent entre les hommes et les femmes ayant eu recours à la médiation et les hommes et les femmes n'y ayant pas eu recours.

Propriété de la maison

Nos entrevues ont révélé qu'au moment de notre enquête, 42 p. 100 des femmes ayant eu recours à la médiation vivaient dans une maison leur appartenant (et non en location ou autre), tandis que seulement environ 29 p. 100 des femmes n'ayant pas eu recours à la médiation étaient dans ce cas. Il n'y a pas de différence similaire chez les hommes : environ 40 p. 100 de chaque groupe vivaient dans une maison leur appartenant.

Autres caractéristiques

Pour ce qui est d'un grand nombre d'autres variables, on ne trouve pas de différence systématique ou caractérisée entre les clients ayant eu recours à la médiation et ceux qui n'y ont pas eu recours ou, du moins, aucune variable qui ait une importance pratique ou qui puisse servir à faire des prévisions. Par exemple, au moment du dépôt de leur requête en divorce, les clients ayant eu recours à la médiation étaient restés mariés en moyenne pendant 11,4 ans et étaient séparés depuis 20,2 semaines, alors que les clients n'ayant pas eu recours à la médiation étaient restés mariés pendant 10,5 ans et étaient séparés depuis 27,1 semaines. Si nous ne nous intéressons qu'aux couples ayant des enfants, le nombre moyen d'enfants est à peine supérieur à 2,0 pour les deux groupes. Au tableau 4.18, on peut voir que les groupes d'âge des enfants des deux groupes de clients diffèrent très peu.

Tableau 4.18

Groupes d'âge des enfants des clients ayant eu recours à la médiation et de ceux de clients n'ayant pas eu recours à la médiation

Groupe d'âge des enfants	Recours à la médiation	Sans recours à la médiation	Total
Tous âgés de moins de 6 ans	36,9	43,6	42,3
âgés de 6 à 12 ans	23,4	19,1	20,0
Tous âgés de moins de 12 ans	11,9	10,8	11,0
âgés de 12 à 18 ans	17,7	19,0	18,8
âges variés	9,6	7,4	7,8

Nature de la séparation

Bien que les hommes et les femmes aient une opinion quelque peu divergente à ce sujet, il semble, que dans la majorité des cas, ce soit la femme qui ait pris l'initiative de la rupture (Tableau 4.19).

Tableau 4.19

Partie ayant pris l'initiative de la rupture

Partie	Clients ayant eu recours à la médiation	Clients n'ayant pas eu recours à la médiation
Femme	60,3	59,8
Mari	29,4	31,3
Les deux ensemble	10,3	8,9

Là encore, il n'y a pratiquement pas de différence entre les deux groupes de clients. Bien qu'environ 20 p. 100 des hommes et 28 p. 100 des femmes aient déclaré s'être séparés précédemment une ou plusieurs fois, les différences sont très minimes entre les deux groupes. On relève cependant certaines différences entre les deux groupes en ce qui a trait aux discussions et aux tentatives en vue d'une réconciliation, puisque 46 p. 100 des

clients ayant eu recours à la médiation et 33 p. 100 des clients n'y ayant pas eu recours avaient discuté de la possibilité de se réconcilier, tandis que 68 p. 100 du premier groupe et 54 p. 100 du deuxième groupe avaient réellement tenté de se réconcilier. Ces tentatives ont en règle générale pris la forme de counseling matrimonial (85 p. 100 des clients ayant eu recours à la médiation versus 70 p. 100 de ceux qui n'y ont pas eu recours) plutôt que la forme la cohabitation.

Motifs de divorce invoqués

Au Canada, avant l'entrée en vigueur de la Loi sur le divorce de 1985, les deux tiers des couples divorcés avaient invoqué un des délits matrimoniaux reconnus par la loi et non pas une des raisons véritables de la rupture du mariage. On peut cependant voir au tableau 4.20 que ces statistiques groupées masquent des écarts considérables entre provinces. Fait remarquable, en Alberta et au Québec, plus de 80 p. 100 des instances de divorce invoquaient un délit matrimonial, ce chiffre étant presque le double de celui de l'Ile-du-Prince-Édouard et du Manitoba.

Tableau 4.20

Motifs de divorce invoqués (délit matrimonial ou non-cohabitation) au Canada et dans ses provinces, en 1984

Province	Délit matrimonial	Séparation
Terre-Neuve	54,1	45,9
Ile-du-Prince-Édouard	42,4	57,6
Nouvelle-Écosse	72,8	27,2
Nouveau-Brunswick	58,5	41,5
Québec	80,4	19,6
Ontario	49,7	50,4
Manitoba	44,5	50,4
Saskatchewan	60,8	39,2
Alberta	85,4	14,6
Colombie-Britannique	55,7	44,3
Yukon et T.N.-O.	54,1	45,9
Canada	66,4	33,6

Source : Données tirées de Statistique Canada - Mariages et divorces - Statistique de l'état civil, volume II (Nombres entiers convertis en pourcentages)

Les données tirées des archives des tribunaux des quatre territoires d'enquête corroborent celles de Statistique Canada. Environ 55 p. 100 des couples en instance de divorce ont invoqué un ou plusieurs délits matrimoniaux, mais certaines variations ont été relevés d'un territoire d'enquête à un autre. A l'exception de Saskatoon, les femmes requérantes invoquent plus souvent un délit matrimonial.

Il est particulièrement intéressant de noter que dans tous les territoires d'enquête, les clients ayant eu recours à la médiation avaient davantage tendance à invoquer un délit matrimonial que ceux n'y ayant pas eu recours (Tableau 4.21).

Tableau 4.21

Pétitions de divorce invoquant des délits matrimoniaux par territoire d'enquête pour les clients ayant eu recours à la médiation et ceux qui n'y ont pas eu recours

Territoire d'enquête	Type de client		
	Recours à médiation	Sans recours à la médiation	Total
Montréal	87,5	79,4	80,9
Saskatoon	70,5	59,2	59,9
St. John's	61,1	45,4	46,8

Ces résultats ne sont pas surprenants, d'autant moins surprenants que nous nous attendions à ce que les personnes qui avaient recours à la médiation au moment de notre recherche et qui avaient demandé officiellement le divorce n'étaient pas les mêmes que celles qui avaient attendu la fin de la période de trois ans exigée par l'ancienne législation (le principal indice de rupture de mariage). Nous verrons plus loin que les clients qui ont préféré attendre pendant trois ans avant de demander le divorce, ou divorcer plus tard, et ceux qui ont eu recours à la médiation, ont tous cherché à obtenir une entente de séparation.

Points initiaux de litige

Un tiers des clients que nous avons interrogés n'avaient pas souvenir des points de litige. Le tableau 4.24 montre que c'est probablement un peu moins vrai pour les personnes qui ont eu recours à la médiation que pour celles qui n'y ont pas eu recours. En fait, parmi les points pouvant donner matière à litige, tous sauf un ont été mentionnés par les clients ayant eu recours à la médiation. Cependant, à l'exception de la question de la garde des enfants, les différences entre les deux groupes ne sont pas très grandes. En moyenne, environ 20 p. 100 du groupe de personnes n'ayant pas eu recours à la médiation, et 26

p. 100 de celles y ayant eu recours, avaient un ou plusieurs différends. En bref, contrairement à ce que l'on croit généralement, il semble que les médiateurs aient plus souvent affaire à des couples querelleurs qu'à des couples raisonnables.

Tableau 4.22

Points de litige initiaux
des clients ayant eu recours à la médiation
et de ceux n'y ayant pas eu recours

Point de litige	Recours à la médiation	Sans recours à la médiation
Aucun différend	24,4	37,7
Délit matrimonial	12,4	11,9
Droit de visite et de sortie	33,1	22,5
Appui financier au conjoint	40,3	36,2
Allocation d'entretien	14,9	16,3
Domicile familial	22,9	13,9
Partage des biens	34,0	25,1
Paiement des dettes	12,2	8,1

OPINION QUE LES CLIENTS ONT DE LA MÉDIATION EN MATIÈRE DE DIVORCE

Au début de la quatrième partie de ce rapport, nous avons fait état de nos observations, dans les trois territoires d'enquête, en ce qui a trait aux services de médiation. Dans cette dernière section, nous étudions l'opinion des clients sur la médiation, ainsi que leur point de vue sur le processus judiciaire et leurs avocats. Commençons par la question la plus évidente : pourquoi certaines personnes n'ont-elles pas eu recours à la médiation? Le tableau 4.23 montre que le motif le plus courant est qu'elles ignoraient l'existence des services de médiation ou ce qu'ils offraient. Il est également intéressant de noter qu'environ un cinquième de nos répondants estiment qu'ils ne pouvaient pas recourir aux services de médiation. Cette réponse est surprenante, compte tenu du fait que nous avons interrogé des gens dans des districts où des services de

médiation rattachés à des tribunaux offraient gratuitement leurs services à ceux qui en faisaient la demande.

Tableau 4.23

Répartition des raisons pour lesquelles les gens n'ont pas eu recours à la médiation

Raison	Femmes	Hommes
Pas au courant	36	30
Pas de litige	17	19
Trop d'hostilité entre conjoints	10	13
Ex-époux non disponible ou non consentant	9	6
Services non disponibles	19	20
Divers	10	13

Le nombre élevé de motifs "divers", au tableau 4.24, permet de penser que les clients ont été informés de l'existence de services de médiation par des moyens autres que ceux auxquels nous avons pensé ou que nous avons relevés en codifiant l'échantillonnage initial d'instances sur lequel nous avons fondé notre grille de codage. Étant donné que nous ne pouvons pas refaire ces recherches, il convient de noter que nous ne savons pas, dans deux cinquièmes des cas, comment exactement les gens ont entendu parler de la médiation et ont décidé d'y recourir. Il est assez intéressant de noter que seulement environ 15 p. 100 des clients se souviennent exactement que c'est leur avocat qui leur a parlé de la médiation. Comme nous l'avons dit précédemment, les données tirées des archives des tribunaux corroborent ce chiffre : dans environ 12 p. 100 des cas de médiation, ce sont les avocats eux-mêmes qui ont recommandé à leur client de faire appel aux services d'un médiateur.

Tableau 4.24

Manière dont les gens ont appris l'existence de services de médiation en matière de divorce

Manière	Femmes	Hommes
Avocat	12	18
Médias	10	9
Amis/parents	21	18
Visite au tribunal	13	7
Juge	2	5
Divers	42	43

Il y a un certain désaccord entre hommes et femmes au sujet de la source de recommandation bien qu'il semble que, dans environ 44 p. 100 des cas, ce soit la femme qui ait suggéré de recourir aux services d'un médiateur ou à un conseiller matrimonial en cas de séparation.

Tableau 4.25

Partie ayant suggéré de recourir à la médiation ou au counseling matrimonial

Partie	Femmes	Hommes
Femme	57	32
Mari	22	40
Tous les deux, d'un commun accord	5	9
Recommandation d'un tiers	7	9
Divers	9	11

Nous avons également demandé aux couples ce qu'ils attendaient des services de counseling ou de médiation. Dans l'ensemble, comme l'indique le tableau 4,26, les femmes nous ont fourni davantage de réponses indéfinissables et inclassables que les hommes. Il est assez surprenant de constater que 26 p. 100 des hommes par comparaison à seulement 8 p. 100 de femmes espéraient ainsi sauver leur mariage. Il faut noter en passant que près de 55 p. 100 des clients ont indiqué que la possibilité

d'une réconciliation a été soulevée pendant la médiation et a été activement encouragée dans 11 p. 100 des cas.

Tableau 4.26

Résultats escomptés de la médiation des divorces

Résultat	Femmes	Hommes
Règlement total	27	28
Décision sur la garde	8	18
Apaiser ou éliminer la violence	3	1
Séparation des biens	2	2
Accord sur l'allocation d'entretien	3	1
Réconciliation	8	26
Information/Assurance	10	4
Autres (aide émotionnelle)	40	20

Lorsque nous passons en revue les entrevues et les commentaires enregistrés s enquêteurs, il est possible de distinguer trois groupes ou catégories au sein de l'échantillonnage des personnes ayant participé au processus de médiation. D'abord, il y a les couples qui sont parvenus à un accord et qui désirent simplement en revoir les dispositions afin de les légaliser. Ce groupe a surtout fait appel à la médiation pour s'informer du processus judiciaire et pour s'assurer que l'accord est dans les meilleurs intérêts des enfants; en d'autres mots, certains couples ont recours à la médiation pour obtenir l'opinion d'experts et savoir si ce qu'ils proposent est juste et équitable et ne nuira pas aux enfants.

Une deuxième catégorie comprend les couples qui désirent parvenir à un accord sur les questions liées à la rupture de leur mariage, mais qui ont peur d'essayer de les régler directement entre eux; bien qu'ils ne soient pas ouvertement hostiles ou en désaccord, ils craignent que les choses n'escaladent en conflits s'ils essayaient de régler les problèmes eux-mêmes. On trouve également dans ce groupe ceux qui craignent que les avocats

n'enveniment la situation en exacerbant les conflits. Enfin, on trouve les couples qui ne s'entendent pas sur une ou plusieurs questions et qui, presque en dernier recours, désirent l'aide d'un tiers neutre pour résoudre leurs différends et parvenir à une entente.

On remarque également que la plupart des clients ne font pas toujours bien la distinction entre le counseling et la médiation. Certains ex-époux ont déclaré avoir eu recours au counseling ou à la médiation pour traverser la période de la rupture de leur mariage, pour essayer d'atténuer l'hostilité qui régnait entre eux et, comme plusieurs l'ont dit, pour "atténuer le conflit, dans l'intérêt des enfants". Il faut sans doute noter que, particulièrement dans les deux territoires d'enquêtes les plus petits (Saskatoon et St. John's), les clients ne savaient pas toujours s'ils avaient obtenu des services de counseling ou de médiation. Nous nous sommes fondés sur les archives des tribunaux pour décider si nous devions les inclure dans le groupe de personnes ayant eu recours à la médiation, mais il nous a semblé que certains d'entre eux avaient suivi des séances tenant plus du counseling que de la médiation, en particulier parce que les ex-époux n'y assistaient pas toujours ensemble. Cela est peut-être inévitable lorsque des services offrent à la fois des services de counseling en cas de séparation, de counseling personnel et de médiation. Les clients ayant eu recours aux services de Montréal, qui sont davantage structurés et plus spécialisés, savaient mieux s'ils avaient eu recours ou non à la médiation pour parvenir à une entente.

Il semble que les enfants ne participent aux séances de médiation que dans une petite minorité de cas : 17 p. 100 des femmes et 14 p. 100 des hommes ont indiqué que leurs enfants avaient assisté à une ou plusieurs séances. Il est intéressant de noter que chez les clients dont les enfants n'ont pas assisté

à des séances de médiation, 98 p. 100 des femmes et 85 p. 100 des hommes préféraient ne pas y mêler les enfants. Toutefois, lorsque les enfants ont assisté aux séances de médiation, 92 p. 100 des femmes et 84 p. 100 des hommes ont indiqué que l'expérience avait été positive. Aucune conclusion évidente n'est ressortie de ces résultats, sauf qu'ils indiquent que quoi que les gens fassent, ils penseront probablement plus tard avoir suivi la meilleure voie.

De temps en temps, on entend les femmes dire que les tribunaux de la famille et le droit de la famille sont établis par des hommes pour les hommes. En revanche, les hommes considèrent ces institutions comme étant dirigées par des femmes pour les femmes. Dans certains tribunaux de la famille, cette perception chez les hommes est compréhensible puisque la majorité du personnel des tribunaux, des juges et des avocats qu'ils vont rencontrer sont des femmes. C'est dans ce contexte que nous avons posé des questions sur le fait que le médiateur soit un homme ou une femme et si les clients auraient préféré avoir un médiateur de leur propre sexe ou de sexe opposé. Bien qu'un cinquième des femmes aient préféré que le cas soit traité par une femme, la vaste majorité des hommes (88 p. 100) et des femmes (80 p. 100) ont indiqué que le fait que le médiateur soit un homme ou une femme ne les préoccupait pas et qu'ils n'avaient pas de préférence en la matière, ni sur le coup ni rétrospectivement.

S'ajoutent à cela les opinions sur l'équité et l'impartialité du médiateur. Près de 88 p. 100 des femmes et des hommes pensaient, à ce moment-là, que le médiateur était équitable et comprenait leur situation. Rétrospectivement, 90 p. 100 pensaient toujours, au moment de l'entrevue, que le médiateur avait été équitable et impartial. Pareillement, 80. p 100 pensaient avoir eu l'occasion d'exprimer leurs préoccupations et sentiments sur la séparation ou sur le divorce. Quant au petit

nombre de gens (57 personnes) qui ont émis une opinion négative, elles ont déploré le fait que la médiation s'est faite de façon trop pressée (30 p. 100) ou, encore, ont affirmé que le médiateur ne leur était pas sympathique, personnellement ou en ce qui concerne leur situation.

Finalement, nous avons demandé à tous les clients -- et non pas seulement à ceux appartenant au groupe ayant eu recours à la médiation -- quels conseils ils donneraient à un ami, si celui-ci avait des problèmes d'ordre familial. (Cette question ne donnait pas le choix entre plus de 4 réponses). Les résultats figurent au tableau 4.27.

Tableau 4.27

Conseils que les clients donneraient à un ami ayant des problèmes d'ordre familial
(Hommes et femmes ayant eu recours ou non à la médiation)

Conseil	Femmes		Hommes	
	Méd.	Sans méd.	Méd.	Sans méd.
Consulter un avocat	26	37	19	38
Consulter une tierce partie impartiale (un médiateur)	47	32	51	29
Régler ses problèmes seul	4	13	12	18
Recourir à un avocat et à un médiateur	23	18	19	14

Il en ressort que la majorité de ceux et celles qui ont eu recours à la médiation la recommanderait à d'autres. Dans l'ensemble, les hommes semblent être davantage en faveur des avocats, mais hommes et femmes semblent partager le même enthousiasme pour les avantages qu'offre la médiation, puisque 70 p. 100 recommandent de recourir seulement à un médiateur, ou à un médiateur et à un avocat.

En résumé, les diverses questions posées aux clients sur la médiation indiquaient toutes que les personne qui ont eu recours à la médiation ont été très satisfaites de l'expérience. Nous avons fait beaucoup d'efforts pour trouver des preuves du contraire, mais nous n'avons rien relevé qui puisse indiquer qu'elle donnait lieu, par exemple, à un déséquilibre des pouvoirs comme cela a été parfois mentionné. Si l'on se réfère à notre calendrier d'entrevues et aux impressions exprimées lors de celles-ci, il apparaît que peu de ces clients on trouvé des désavantages à la médiation. Quelques clients, et plus particulièrement ceux de Saskatoon, ont fait état de la difficulté de se rendre aux séances lorsqu'on vit en campagne et des frais qui s'ensuivent et certains aimeraient que les médiateurs organisent davantage les rencontres en soirée. Certains ont fait des commentaires sur la fausse impression donnée par leur ex-conjoint pendant les séances; selon ces personnes, leur ex-conjoint était bien plus raisonnable et coopératif dans ce contexte qu'il ne l'est habituellement. Toutefois, cette situation ne peut être attribuée à la médiation comme telle.

En même temps, il faut noter que la plupart des personnes, qu'elles aient eu recours ou non à la médiation, se sont dites satisfaites des services de leur avocat. Plus de 80 p. 100 des hommes et 88 p. 100 des femmes ont indiqué que l'avocat les avait aidés et qu'il avait été compréhensif et qu'il les avait laissé exprimer leurs besoins. Toutefois, ces deux groupes sont moins sûrs les coûts honoraires de l'avocat étaient justifiés, seulement 51 p. 100 des femmes et 44 p. 100 des hommes ont indiqué "en avoir eu pour leur argent". De plus, ceux qui étaient mécontents de leurs avocats étaient extrêmement volubiles et souvent remplis d'amertume en ce qui concerne la manière dont ils avaient été traités. Ils ont aussi indiqué que les actions

de l'avocat (ou plus souvent son inaction) avaient envenimé une situation déjà difficile et éprouvante. Mais, répétons-le, la plupart des personnes étaient satisfaites de leur avocat et il n'y avait pas de différence entre ceux qui avaient eu recours à la médiation et ceux qui n'y avaient pas eu recours.

Lorsqu'il existe un conflit entre les avocats et les médiateurs, comme les conférences et les écrits le laissent parfois entendre, cela n'est pas évident pour le client. Un peu plus de la moitié des personnes ont assisté à des séances de médiation après avoir consulté un avocat ou retenu les services d'un avocat. Seulement une minorité, environ 8 p. 100, ont entrepris de consulter un avocat pendant la médiation. Selon les clients, l'avocat n'était pas d'accord dans 13 p. 100 des cas seulement avec l'entente à laquelle étaient parvenues les parties pendant la médiation.

Taux de règlement

Avant d'aborder la cinquième partie de ce rapport, qui traite des résultats de la médiation en matière de divorce, il convient de voir en conclusion de ce qui précède dans quelle mesure la médiation facilite les ententes. Bien que cette question semble tomber sous le sens dans un rapport consacré à l'étude de la médiation en cas de divorce, les médiateurs, et vraisemblablement les clients, ont tendance à penser que les résultats de la médiation se situent entre l'obtention d'une entente complète et pas d'entente du tout. Entre les deux, on trouve des résultats moins clairement définis tels qu'une "entente partielle" et une "réduction du nombre ou de la gravité des litiges". En outre, il est aussi toujours possible que, comme le disent les médiateurs en plaisantant, la médiation échoue parce que le couple a décidé de se réconcilier. Nous présentons donc deux ensembles de données différents. Le premier, exposé au tableau 4.28, est

fondé sur les archives des tribunaux. Quant au tableau 4.29, il présente l'opinion que les clients ont des résultats qu'ils ont obtenus en ayant recours à la médiation pour régler leur divorce ou leur séparation. Les données de l'analyse des instances révèlent que les parties ne parviennent à une entente complète que dans moins de la moité des cas. Si on y ajoute ceux qui sont parvenus à un règlement partiel, on peut conclure que la médiation a des résultats fructueux dans 64 p. 100 des cas.

Tableau 4.28

Résultats de la médiation
(Données de l'analyse des instances)

Résultat	Pourcentage
Réconciliation	6,3
Règlement complet	48,6
Règlement partiel	15,4
Réduction du nombre et de la gravité des litiges	5,1
Aucun règlement	16,2
Une des parties (ou les deux) ont cessé d'assister aux séances	8,3

Si on exclut du tableau 4.28 les 6 p. 100 de cas où la médiation s'est soldée par une réconciliation, les parties sont parvenues à une entente complète dans 53 p. 100 des cas et à une entente complète ou partielle dans un peu plus de 68 p. 100 des cas. On pourrait aussi dire que la médiation a complètement échoué dans environ 25 p. 100 des cas, soit parce que les ex-époux ne pouvaient pas s'entendre, soit parce que l'un des deux a cessé de participer aux séances de médiation. Des analyses distinctes dans chacun des trois territoires d'enquête révèlent une telle similitude des résultats de la médiation qu'il serait fort peu justifié d'en faire état séparément.

On peut voir au tableau 4.29 que les clients ont une opinion quelque peu différente, et en général moins optimiste, des

résultats de la médiation. Seulement 38 p. 100 des personnes que nous avons interviewées ont déclaré être parvenues à une entente complète grâce à la médiation. Une autre tranche de 20 p. 100 est parvenue à une entente sur certains points ou à une entente partielle. Cela revient à dire que 28 p. 100 des clients ne sont pas parvenus à une entente par la médiation, chiffre qui se trouve confirmé par le fait qu'environ 34 p. 100 des causes ayant fait l'objet d'une médiation ont été déclarées par les parties comme étant devenues des actions contentieuses. Les hommes semblent avoir davantage tendance à déclarer être parvenus à une entente complète sur tous les points mais, ce point mis à part, il y a peu de divergences d'opinion entre les hommes et les femmes. Là encore, les données sont à peu près les mêmes pour chaque territoire d'enquête.

Tableau 4.29

Opinion que les clients ont des résultats de la médiation
(Données tirées des entrevues avec les clients)

Résultats de la médiation	Femmes	Hommes	Total
Entente complète	34,4	42,4	38,4
Certains différends tranchés	16,8	8,8	12,8
Entente partielle	7,2	8,0	7,6
Clarification des litiges	11,2	8,8	10,0
Aucune entente	28,0	28,0	28,0

Dans la partie qui suit, nous procédons à une analyse approfondie des résultats prévus et imprévus de la médiation en matière de divorce, par comparaison avec les résultats que donne un processus entièrement judiciaire.

PARTIE V : RÉSULTATS DE LA MÉDIATION EN MATIÈRE DE DIVORCE

AVANT-PROPOS

Cette partie du rapport porte sur les résultats prévus -- et imprévus -- de la médiation. Pour ce qui est des résultats prévus, nous nous penchons sur les questions d'allocation d'entretien, de garde, de droit de visite et de sortie, sur le rôle parental et sur les relations entre ex-conjoints après le divorce. Cependant, dans le cadre de ces analyses, nous étudions ce que les résultats révèlent du point de vue des répercussions sociales dont il a été question dans la deuxième partie du rapport. Bien que l'intention générale soit de comparer les résultats obtenus par médiation à ceux obtenus sans médiation, nous fournissons principalement des données descriptives destinées à satisfaire aux exigences d'apport de données de base sur l'entretien et la garde. Nous abordons d'abord le sujet important qu'est celui des répercussions de la séparation et du divorce sur la situation économique des hommes, des femmes et de leurs enfants, ainsi que le rôle de la médiation.

RESPECT DES ORDONNANCES D'ENTRETIEN

Les partisans de la médiation en matière de divorce prétendent depuis longtemps que cette méthode, contrairement au processus contradictoire, donne lieu à des règlements plus équitables et à un plus grand respect des termes des ordonnances d'entretien. Cette assertion repose sur l'idée que si on peut trouver des moyens de parvenir à des ententes plus amiables, il devrait en découler un plus grand sens des responsabilités économiques et socio-affectives à l'égard des enfants à charge. On croit donc qu'il y a antithèse entre le processus contradictoire traditionnel, où l'un "gagne" et l'autre "perd", et l'intention d'amener les hommes à admettre qu'ils ont des obligations financières envers leurs enfants. Il est à noter

que, au Canada, les médiateurs rattachés aux tribunaux ne se sont pas occupés des questions financières -- propriété ou entretien -- et leur rôle a plutôt consisté à tenter de négocier les questions de garde, ainsi que de visite et de sortie. Néanmoins, il serait surprenant que, en tentant de parvenir à une entente raisonnable sur ces deux points, la question de l'entretien des enfants ne soit pas soulevée au cours des séances de médiation. Mais même lorsque la question de l'allocation d'entretien n'est pas abordée explicitement, il est permis de supposer qu'une entente de garde, de visite et de sortie obtenue par médiation tiendra davantage compte du bien-être économique des enfants.

Actuellement, le faible pouvoir de négociation des femmes est un argument souvent invoqué en défaveur de la médiation. Les femmes, dit-on, manquent d'expérience dans le domaine de la négociation et des questions financières et ont donc besoin de faire appel à un avocat redoutable plutôt qu'à une tierce partie neutre. La médiation en matière de divorce part du principe que les deux parties sont honnêtes. Les femmes ont donc de la difficulté à faire face à leur mari et à leur exposer leur situation financière et, comme certaines féministes l'ont fait valoir, elles ont besoin des sauvegardes qu'offre le système contradictoire traditionnel.

Bien entendu, ce n'est pas aussi simple que cela. Nos données révèlent que les personnes qui cherchent une entente par médiation sont aussi susceptibles que les autres de se faire représenter par un avocat. L'entente à laquelle les parties sont parvenues est examinée par le juge, qu'elles aient pris ou non un avocat. On ne sait pas exactement sur quels fondements logiques ou empiriques les féministes s'appuient pour affirmer que le pouvoir de négociation n'est pas égal entre les parties. Une de nos intentions, dans cette partie, est d'étudier les répercussions de la médiation sur le montant des paiements d'allocation d'entretien et le respect des ordonnances

d'allocation d'entretien. Ce faisant, nous fournissons également les données de base sur ces questions, comme l'exigeait d'ailleurs notre mandat. Cette partie s'inspire fortement du rapport sur les données de base qui vient d'être établi pour la phase I de l'évaluation de la Loi sur le divorce de 1985. Elle a été modifiée de façon à prendre en ligne de compte les instances de séparation qui, dans la plupart des tableaux et des descriptions, sont signalées séparément.

Aspect économique du divorce

La législation -- tant provinciale que fédérale -- en matière de droit de la famille cherche à tenir compte des conséquences économiques du mariage et de la rupture de mariage, et à en alléger le poids. Les ordonnances d'entretien devraient également encourager les ex-époux à devenir économiquement indépendants l'un de l'autre et ce, dans un délai raisonnable. Cette section décrit la situation économique de couples qui se sont séparés ou qui ont divorcé juste avant l'adoption de la nouvelle loi sur le divorce. Au moins en ce qui a trait au divorce, ces données fournissent une base permettant de déterminer dans quelle mesure les objectifs d'entretien de la Loi sur le divorce de 1985 auront modifié le niveau de vie des couples en instance de divorce et celui de leurs enfants.

Situation économique des hommes et des femmes

La plupart des études effectuées au cours de la dernière décennie sur le revenu des hommes et des femmes ont mis en lumière le fait que les femmes gagnent en moyenne entre 58 p. 100 et 65 p. 100 du revenu des hommes, selon les points de comparaison utilisés.[70] Selon les données obtenues des clients dans la présente étude, la valeur médiane du revenu mensuel brut des hommes et des femmes séparés s'élève à 2 075 $ et à 1 287 $, respectivement. Le revenu mensuel brut moyen des clients

divorcés est plus élevé, soit 2 343 $ pour les hommes et 1 506 $ pour les femmes. Pour ce qui est du revenu des femmes par rapport à celui des hommes, les chiffres découlant de notre échantillonnage sont très près des chiffres nationaux : les femmes gagnent environ 64 p. 100 du revenu des hommes.

Tableau 5.1

Répartition en pourcentage du revenu mensuel brut des hommes et des femmes
(Données tirées des entrevues avec les clients)

Pourcentage de la distribution

	Divorcés		Séparés	
Montant du revenu	Femmes	Hommes	Femmes	Hommes
Moins de 1 000 $	32,5	11,7	46,6	21,6
Entre 1 000 et 1 500 $	21,0	14,6	26,0	12,8
Entre 1 501 et 2 000 $	23,9	13,9	13,0	13,8
Entre 2 001 et 2 400 $	9,3	13,8	4,6	17,6
Entre 2 401 et 3 000 $	9,3	26,0	6,9	15,2
3 001$ et plus	3,9	19,7	3,0	19,2

Difficultés économiques

Ces comparaisons font entrer dans le revenu des femmes les paiements d'allocation d'entretien qui leur sont faits, mais elles ne dévoilent pas l'effet de ces paiements sur le revenu brut réel des hommes. Lorsque les paiements d'allocation d'entretien sont déduits du revenu des hommes, le revenu mensuel moyen des hommes divorcés tombe à 1 970 $, et celui des hommes séparés à 1 714 $. Si l'on suppose que les hommes font ces paiements, cela a pour effet d'équilibrer, jusqu'à un certain point, la situation des hommes et des femmes après leur séparation ou leur divorce. Si l'on prend les paiements d'allocation d'entretien en ligne de compte, le revenu des femmes divorcées correspond à environ 75 p. 100 du revenu des hommes, et celui des femmes séparées à environ 81 p. 100. Ces comparaisons

ne nous révèlent rien sur les niveaux de vie relatifs étant donné que, dans la majorité des cas, les femmes ont la garde physique des enfants et qu'elles ont par conséquent à subvenir aux besoins de deux personnes ou plus, avec des revenus inférieurs à ceux permettant de subvenir aux besoins d'une seule personne. Nous passons maintenant à l'étude de la situation économique relative des hommes et des femmes séparés ou divorcés, en tenant compte de cette variable importante qu'est la taille de la famille.

Le tableau 5.2 reproduit les chiffres fournis par le Conseil national du Bien-être social sur les seuils de pauvreté, au Canada, en juin 1986. Si on étudie le revenu des hommes après les paiements d'allocation d'entretien, environ 9 p. 100 des hommes divorcés et 30 p. 100 des hommes séparés qui n'ont pas la garde de leurs enfants ont des revenues se situant en-deçà du seuil de pauvreté pour une personne seule. Par contraste, environ 62 p. 100 des femmes et leurs enfants vivent au-dessous du seuil de pauvreté <u>après</u> avoir inclus les paiements d'allocation d'entretien dans leurs revenus bruts et tenu compte du nombre d'enfants à leur charge. Quoique le nombre d'hommes appartenant à l'échantillonnage ne soit pas élevé (N = 46), on a découvert que 42 p. 100 des hommes qui ont la garde physique de leurs enfants ont un revenu qui les situe au-dessous du seuil de pauvreté. On peut voir au tableau 5.3 que les femmes séparées sont dans une situation économique pire que les femmes divorcées et que, comme on s'y attendait, plus la famille est nombreuse plus elle risque d'avoir un niveau de vie au-dessous du seuil de pauvreté.

Tableau 5.2

Évaluations du Conseil national du Bien-être social
Seuils de pauvreté pour 1986
(Population de 100 000 à 499 999)

Taille de la famille	Seuil de pauvreté
1	10 108
2	13 365
3	17 850
4	20 628
5	23 948
6	26 101
7	28 792

Tableau 5.3

Proportion des femmes et enfants
vivant au-dessous du seuil de pauvreté
par taille de famille et par type de cause

Taille de la famille	Époux divorcés	Époux séparés
2	43,4	47,4
3	55,7	75,9
4	61,7	96,0
5 ou plus	88,8	71,4
Total	57,7	71,0

Réduire les difficultés économiques

Paiements forfaitaires

Avant d'aborder la question de l'allocation d'entretien, il serait utile d'examiner brièvement le problème des paiements forfaitaires. Nous utilisons le terme problème, car il existe une certaine controverse concernant les avantages et les désavantages de ce genre de paiement. Parmi les avantages qu'il offre, le paiement forfaitaire peut permettre au couple de "rompre une fois pour toutes", et il assure aux femmes et à leurs

enfants une plus grande sécurité que celle dont elles jouissent lorsqu'elles doivent se fier à la volonté continue du mari de se conformer à l'ordonnance d'allocation d'entretien. Parmi les désavantages, il y a le fait que même lorsque la somme ainsi versée est considérable, le revenu annuel réel qui en découle peut être moins élevé que ce qu'un tribunal aurait accordé sous forme d'allocations d'entretien. Ainsi, il se peut qu'à long terme, les prestations versées sous forme d'un versement unique nuisent aux femmes et profitent aux hommes.

Nos données indiquent que le versement d'une prestation forfaitaire n'est imposé que très rarement, soit dans environ 5,1 p. 100 seulement de tous les cas de divorce. Les montants accordés ne sont pas très élevés non plus. Bien qu'ils varient entre un peu moins de 500 $ à 75 000 $, la moyenne des 64 cas examinés est de 15 064 $ seulement. S'il y a un facteur qui nous permet de dire que cette méthode a été utilisée comme moyen de "rompre une fois pour toutes" les liens entre les conjoints, c'est le fait que le paiement moyen est de 2 862 $ plus élevé dans le cas de couples n'ayant pas d'enfants (soit 17 389 $ et 14 527 $ respectivement). Rien n'indique que les paiements forfaitaires ont été versés en remplacement des prestations d'allocation d'entretien. Il semble plutôt que presque toutes les ordonnances examinées comprennent aussi une ordonnance d'entretien. De fait, la somme moyenne imposée est de 639 $ par mois, ce qui est considérablement plus élevé que lorsqu'il n'y a pas de paiement forfaitaire. (Dans ce cas, le paiement mensuel s'élève à 351 $). Passons maintenant aux divers aspects de la forme beaucoup plus commune de soutien financier : l'allocation d'entretien.

Montants des prestations d'allocation d'entretien

Dans l'élaboration de notre recherche, nous avions à l'origine l'intention de séparer les montants accordés pour

l'entretien des enfants et ceux accordés pour celui du conjoint. Bien que nous ayons tenté de codifier les données en conséquence, le résultat n'est pas satisfaisant, car dans bon nombre de cas seul le total des prestations d'allocation d'entretien est indiqué et dans certains autres, l'intention n'est pas très évidente. Par conséquent, l'analyse suivante est fondée sur le montant total des prestations d'allocation d'entretien selon les données obtenues des archives des tribunaux et des entrevues.

Tableau 5.4

Genre d'ordonnance d'allocation d'entretien

Genre d'ordonnance	Pourcentage
Non précisée	55,5
Pour une période fixe	4,5
Dans l'attente d'un événement quelconque	6,8
Pour des fins de réadaptation	0,7
Pour autoriser une demande	32,7

D'après les données tirées des entrevues avec les clients, même si dans 65 p. 100 des cas le jugement a comporté une ordonnance d'allocation d'entretien, une allocation distincte n'est prévue pour la femme que dans seulement 21,2 p. 100 des cas, encore qu'il faille mentionner que dans la majorité de ces derniers cas (59,6 p. 100) ces paiements n'étaient accordés officiellement, ou dans l'idée des répondants que pour une période précise ou en attendant que la femme se trouve un emploi, qu'elle ait fini de prendre des cours de formation, etc.

Dans l'ensemble, si on combine les prestations d'allocation d'entretien pour le conjoint et celles pour les enfants, la somme moyenne accordée sous forme d'allocation d'entretien dans les causes de divorce, d'après les archives des tribunaux, s'élève à 380 $ par mois et à 250 $ par mois dans les causes de séparation. Les femmes obtiennent un montant un peu plus élevé lorsque le divorce est contesté que lorsqu'il ne l'est pas, soit 426 $ par mois comparativement à 345 $. On constate aussi que les femmes

n'obtiennent pas autant lorsqu'elles se portent requérantes, soit 359 $ par mois, comparativement à 417 $ par mois lorsque le mari se porte requérant.

Nous avons noté que les clients que nous avons interrogés reçoivent (ou versent, dans le cas des hommes) un paiement d'allocation d'entretien moyen plus élevé que celui que signalent généralement les archives des tribunaux : 470 $ par rapport à 380 $, soit une différence de 90 $. Bref, il est évident que les données tirées de nos entrevues ne sont pas parfaitement représentatives des cas où le montant des paiements d'allocation d'entretien est très faible, soit parce que le juge en a ordonné ainsi, soit parce que les parties en ont convenu d'un commun accord. Il faut noter aussi que la médiane et le mode sont les mêmes, tant pour les données tirées de l'analyse des instances que des entrevues avec les clients, et que le montant est d'environ 300 $ par mois.

Allocation d'entretien et nombre de personnes par famille

Dans le cas des femmes qui reçoivent une allocation d'entretien et qui ont la garde physique de leurs enfants, le nombre moyen de personnes par famille est de 3,02. C'est dire que les femmes ont, en moyenne, la garde de deux enfants. Cependant, l'ordonnance d'allocation d'entretien rendue par le tribunal ne tient pas suffisamment compte du nombre d'enfants à charge. Ainsi que le montre le tableau 5.5, les archives des tribunaux et les données recueillies auprès des clients indiquent que même si le montant de l'allocation d'entretien augmente en fonction du nombre d'enfants, plus la famille est grande, moins il y a d'argent par enfant. Des examens distincts des cas où il y a eu médiation et où il n'y a pas eu médiation indiquent que la médiation n'a aucune incidence, positive ou négative, sur le montant proportionnel des allocations versées aux familles nombreuses. On peut supposer qu'il n'y a qu'un certain montant

d'argent disponible et que les médiateurs peuvent difficilement changer la réalité de la situation.

Tableau 5.5

Montant de l'allocation d'entretien mensuelle et nombre d'enfants

Nombre d'enfants	Cas de divorce par enfant	Cas de séparation par enfant	Total par enfant
un	354	278	311
deux	206	273	233
trois	176	129	129
quatre	214	91	164

Allocation d'entretien et revenu

Nous l'avons vu, les données recueillies par L. Weitzman dans son étude menée en Californie indiquent un rapport inverse entre le revenu du mari et le montant des prestations d'allocation d'entretien ordonné par le tribunal, c'est-à-dire que plus le revenu du mari est élevé, moins la proportion prise sous forme d'allocation d'entretien est grande. En considérant le revenu net, L. Weitzman a constaté, par exemple, que les hommes gagnant un revenu annuel de moins de 10 000 $ étaient tenus en moyenne de payer 37 p. 100 de leur revenu net sous forme d'allocation d'entretien pour les enfants. En revanche, les hommes gagnant un revenu de plus de 50 000 $ devaient payer 5 p. 100 seulement de leur revenu net sous forme d'allocation d'entretien pour les enfants et 19 p. 100 de leur revenu net sous forme de pension alimentaire et d'entretien pour les enfants. Par ailleurs, les données qu'elle a recueillies indiquent que les hommes sont rarement tenus de payer plus du tiers de leur revenu net sous forme d'allocation d'entretien. D'autres études américaines fondées sur le revenu brut révèlent une situation semblable de rapport inverse entre les allocations d'entretien et le revenu,

la proportion variant entre 20 p. 100 environ pour les hommes à faible revenu et 10 p. 100 environ pour les hommes gagnant 30 000 $ par année ou plus.[71]

Nos données canadiennes ne révèlent pas un rapport aussi évident entre le revenu du mari et le montant des allocations d'entretien. En moyenne, les hommes étaient tenus ou convenaient de payer 18 p. 100 de leur revenu <u>brut</u> sous forme d'allocation d'entretien. Bien que la proportion varie entre 31 p. 100 et 16 p. 100, ce rapport inverse entre le revenu et l'allocation d'entretien n'est pas aussi évident qu'il ne l'est aux États-Unis (tableau 5.6).

Tableau 5.6

Proportion du revenu mensuel brut des maris versée sous forme d'allocation d'entretien

(Données tirées des entrevues avec les clients)

Catégorie de revenu (en $)	Cas de divorce	Cas de séparation	Total
600 $ ou moins	35	18	25
600 à 800 $	20	6	16
801 à 1 000	23	21	22
1 001 à 1 200	16	23	17
1 201 à 1 500	20	16	19
1 501 à 1 800	23	13	19
1 801 à 2 000	15	14	15
2 001 à 2 400	17	17	17
2 401 à 2 800	16	21	17
2 801 à 3 000	21	31	22
3 001 à 4 000	18	20	19
4 001 $ et plus	19	10	20
Moyenne, toutes les catégories :	18,7	17,5	18,2

Le rapport est un peu plus net entre le montant des paiements d'allocation d'entretien reçus et leur contribution au revenu total des femmes. Pour les deux groupes, environ 40 p. 100 de leur revenu provient des paiements d'allocation d'entretien. En

général, et en faisant abstraction de certaines anomalies, plus le revenu est faible, plus les paiements d'allocation d'entretien constituent une part importante du revenu total. Le tableau 5.7 montre que les proportions vont de 56 p. 100 pour le groupe dont les revenus sont les plus faibles, à 13,5 p. 100 pour les femmes qui gagnent plus de 3 000 $ par mois.

Tableau 5.7

Proportion du revenu mensuel total des femmes provenant des paiements d'allocation d'entretien (Données tirées des entrevues avec les clients)

Proportion du revenu provenant des paiements d'allocation d'entretien

Revenu	Divorcées	Séparées	Total
Moins de 600 $	73	45	56
de 600 à 800 $	35	60	44
de 801 à 1000	93	39	75
de 1 001 à 1 200	43	33	42
de 1 201 à 1 500	37	46	40
de 1 501 à 1 800	23	23	23
de 1 801 à 2 000	42	18	36
de 2 001 à 2 400	17	26	19
de 1 401 à 2 800	14	37	18
de 2 801 à 3 000	37	28	35
de 3 001 à 4 000	16	10	13
4 001 $ et plus	--	14	14
Moyenne, pour tous les groupes :	39,1	40,1	39,5

Allocation d'entretien et niveau de vie

Dans deux études américaines bien connues, on a tenté de déterminer quel serait l'effet sur le revenu des hommes et des femmes, après le divorce, si les prestations d'allocation d'entretien ordonnées par la cour étaient effectivement payées. Dans la première de ces études, menée par Chambers, on a constaté

qu'environ 80 p. 100 des hommes vivraient encore au-dessus du seuil de la pauvreté[72] après paiement de l'allocation d'entretien, données confirmées par l'étude menée en Alberta sur l'allocation d'entretien. Par contre, si les femmes ayant la garde physique des enfants dépendaient uniquement des prestations d'allocations d'entretien pour leur revenu familial, 97 p. 100 vivraient sous le seuil de la pauvreté ou, comme on dit aux États-Unis, auraient un "budget inférieur".

En se fondant sur des méthodes et des hypothèses semblables, Mme Weitzman a conclu qu'en Californie, 73 p. 100 des hommes pourraient vivre à l'aise, après avoir versé l'allocation d'entretien, c'est-à-dire qu'ils disposeraient d'un revenu supérieur au budget inférieur, tandis que 7 p. 100 seulement des femmes et des enfants pourraient vivre au-dessus du seuil de pauvreté, même si l'allocation d'entretien était versée en entier. Les deux études concluent qu'avec le montant des prestations ordonnées par les tribunaux, "c'est seulement le niveau de vie des femmes et des enfants qui baisse, même quand le père fait ses paiements. Bien entendu, cela est dû au fait que les hommes sont généralement tenus de payer environ le tiers de leur revenu net pour l'entretien des enfants, tandis que les femmes ont besoin des trois quarts environ de ce revenu pour continuer à vivre au niveau où elles vivaient avant la dissolution du mariage.

Étant donné la description ci-dessus du montant moyen de l'allocation d'entretien et le rapport non uniforme entre le montant des prestations et le nombre d'enfants, il serait étonnant que nos données ne révèlent pas une situation semblable au Canada. Comme nous l'avons mentionné, les données estimatives du Conseil national du bien-être social pour le mois de juin 1986 établissent le seuil canadien de pauvreté à 10 108 $ pour les ménages à une personne. Dans le cas des hommes tenus de payer des allocations d'entretien, le revenu brut moyen est de 2 364 $

par mois (28 368 $ par année). Lorsque les allocations d'entretien sont déduites de ce revenu, le revenu moyen tombe à 1 970 $ par mois (23 640 $ par année). Par conséquent, en moyenne, le revenu annuel brut des hommes <u>après</u> paiement des prestations d'allocations d'entretien se situe à plus de 13 532 $ et 10 460 $ au-dessus du seuil de la pauvreté pour les ménages à une personne.

Le tableau 5.8 donne la répartition des revenus des hommes après paiement de l'allocation d'entretien. Étant donné qu'il y a des différences considérables dans la répartition et le revenu moyen des hommes divorcés et des hommes séparés, ces données sont fournies séparément simplement à des fins d'information. Environ 11 p. 100 des hommes divorcés et 28 p. 100 des hommes séparés conservent, après paiement des allocations d'entretien, un revenu brut qui les placent au seuil de la pauvreté ou au-dessous de celui-ci. Autrement dit, 89 p. 100 des hommes divorcés et 72 p. 100 des hommes séparés peuvent payer les allocations d'entretien sans se retrouver au-dessous du seuil de pauvreté.

Tableau 5.8

Répartition du revenu des hommes après paiement des allocations d'entretien
Hommes divorcés et hommes séparés
(Données tirées des entrevues avec les clients)

Catégorie de revenus	Divorcés (%)	Séparés (%)
moins de 10 000 $*	11	28
10 000 - 15 000	19	12
15 001 - 20 000	12	16
20 001 - 25 000	23	22
25 001 - 30 000	16	12
30 001 $ et plus	19	12

* En 1986, le seuil de pauvreté pour les ménages à une personne était estimé à 10 108 $ pour les localités avec une population variant entre 100 000 personnes et 499 999 personnes.

De la même façon, nos constatations relatives aux femmes divorcées ressemblent beaucoup à celles résultant de la recherche américaine. Encore une fois, selon les estimations préparées par le Conseil national du bien-être social relativement au seuil de pauvreté dans le cas de différentes familles, 97 p. 100 des femmes et des enfants vivraient au-dessous de ces seuils s'ils dépendaient uniquement des ordonnances d'allocation d'entretien rendues par les tribunaux. Le tableau 5.9 donnes les pourcentages pour les différentes familles. Il n'a pas été jugé opportun de présenter ici de façon distincte les groupes de femmes divorcées et les groupes de femmes séparées, étant donné qu'elles afficheraient toutes un revenu inférieur au seuil de pauvreté si l'allocation d'entretien était leur unique source de revenu.

Tableau 5.9

Proportion des femmes et des enfants qui vivraient au-dessous du seuil de pauvreté si les prestations d'allocation d'entretien étaient la seule source de revenu

Nombre de personnes par famille	Seuil de pauvreté	Pourcentage
2 personnes	13 365 $	97,9
3 personnes	17 850	98,8
4 personnes	20 628	96,8
5 personnes	23 948	93,3
Toutes les familles	23 948	96,9

Effet réel de l'allocation d'entretien

Même si ces analyses sont utiles à des fins de comparaison, la logique et les hypothèses sur lesquelles elles sont fondées peuvent être mises en question, étant donné qu'elles supposent que les femmes ne sont pas sur le marché du travail et ne

contribuent pas au soutien de leurs enfants. Cependant, comme nous le savons très bien, la majorité des femmes mariées travaillent à l'extérieur du foyer et tout semble indiquer que cette tendance se maintiendra. De plus, elles supposent que seuls les hommes ont l'obligation de subvenir aux besoins de leurs enfants et de leur ex-conjointe, alors que selon la philosophie sous-tendant les lois provinciales récentes, chaque conjoint a, dans la mesure de ses moyens, l'obligation de subvenir aux besoins de ses enfants et de ceux de son ex-conjoint si celui-ci est dans le besoin. La notion de l'allocation de réadaptation d'un conjoint se fonde sur le principe qu'aucun adulte n'a droit à l'allocation d'entretien du seul fait qu'il ou qu'elle a été marié. Quoi qu'il en soit, il est manifeste que les femmes gagnent, en moyenne, moins d'argent que les hommes tout en étant dans la plupart des cas les principales responsables du soin des enfants du mariage. Étant donné que les femmes ont l'obligation de subvenir à leurs propres besoins, il serait plus juste de se demander dans quelle mesure les ordonnances d'entretien actuelles ont pour effet de réduire les difficultés économiques auxquelles font face les femmes et les enfants après le divorce et la séparation.

Une façon de répondre à cette question serait de comparer la situation dans laquelle se trouveraient les femmes et les enfants s'ils ne recevaient pas les prestations d'allocation d'entretien et la situation dans laquelle ils se trouvent lorsqu'ils les reçoivent. Si on examine les cas de divorce seulement, on constate au tableau 26 que, dans l'ensemble, les prestations d'allocation d'entretien ont pour effet de réduire la proportion de femmes et d'enfants vivant au-dessous du seuil de pauvreté, laquelle proportion passe de 75 p. 100 à 58 p. 100, soit une différence de 17 p. 100. C'est lorsque la famille compte deux ou trois enfants (familles de 3 et de 4 personnes) que les prestations d'allocation d'entretien sont le plus susceptibles de

réduire le nombre de familles vivant au-dessous du seuil de pauvreté.

Tableau 5.10

Pourcentage des femmes et des enfants, recevant ou non une allocation d'entretien, vivant sous le seuil de pauvreté 1986, par taille de la famille

Taille	Divorcées		Séparées	
	Allocation	Sans allocation	Allocation	Sans allocation
Un	43	54	47	46
Deux	56	76	76	86
Trois	62	77	96	97
Quatre	62	77	71	90
Cinq	58	74	71	76

Toutefois, dans l'ensemble, il est évident que les prestations d'allocation d'entretien ordonnées par le tribunal en 1985 et au début de 1986 n'ont pas réussi à réduire de beaucoup les difficultés économiques que connaissent les femmes et les enfants après un divorce. Un des arguments les plus fréquents veut que la plupart des hommes n'ont pas les moyens de payer l'allocation d'entretien, mais nos données ne confirment pas une telle situation. Comme nous venons de le voir, cela est vrai pour environ 11 p. 100 des hommes divorcés seulement. De fait, en moyenne, ces hommes pourraient payer 10 000 $ et 13 000 $ et plus par année sous forme de pension sans eux-mêmes se retrouver au-dessous du seuil de pauvreté établi pour un ménage à une personne. Il est vrai bien sûr que la plupart des hommes divorcés ne vivent pas dans un ménage à une personne ou il ne le font pas pour très longtemps. A titre d'exemple, bien que la plupart des hommes interrogés dans notre étude n'avaient été divorcés que depuis environ 6 mois, environ les 2/5 (comparativement à 1/4 des femmes) avaient déjà une nouvelle "compagne" et, de ce nombre, environ 45 p. 100 avaient un enfant issu de cette relation ou faisaient une contribution financière pour un ou plusieurs enfants issus d'une relation antérieure qu'avait eue leur nouvelle compagne.

Par ailleurs, les moyennes nous fournissent un aperçu général et non précis. Il semble évident que les hommes, qu'ils aient ou non une nouvelle compagne, peuvent et devraient verser une plus grande partie de leur revenu sous forme de prestations d'allocation d'entretien. Mais pour déterminer ce qui serait exactement la juste contribution, il faudrait considérer un certain nombre d'autres facteurs, tel que le nombre de personnes par famille, l'âge des enfants, le revenu actuel et éventuel des ex-conjoints et ainsi de suite, en se fondant sur les circonstances particulières de chaque cas.

Exécution des ordonnances d'allocation d'entretien

La recherche sur l'exécution des ordonnances d'allocation d'entretien met en lumière une sorte de processus graduel de perte d'intérêt qui, avec le temps, entraîne un accroissement du nombre d'hommes qui ne respectent plus leurs engagements en ce qui concerne les allocations d'entretien. Nos entrevues ont eu lieu peu de temps après le jugement définitif, mais dans environ un cinquième des actions en divorce, une ordonnance avait déjà été rendue en vertu de la législation provinciale ou encore une ordonnance provisoire avait été rendue en vertu de la Loi sur le divorce de 1968. On s'attendait donc à ce que le taux d'exécution des ordonnances soit relativement élevé et tel est bien le cas, malgré l'idée communément admise que 80 p. 100 des hommes n'en respectent pas les termes. Cependant, comme le montre le tableau 5.11, seulement 71 p. 100 des femmes ont déclaré qu'elles recevaient toujours le montant complet et seulement environ la moitié (51 p. 100) ont dit recevoir les paiements à la date prévue. Environ 36 p. 100 des femmes ont dit que les paiements variaient ou étaient effectués irrégulièrement, tandis que plus d'un cinquième ont déclaré ne pas recevoir de paiement ou recevoir des paiements inférieurs à ceux fixés par le tribunal.

Les hommes que nous avons interrogés semblent à cet égard avoir une meilleure opinion d'eux-mêmes. Étant donné que la comparaison en parallèle des données sur les ex-époux ne révèle que peu d'écart sinon aucun entre les hommes et les femmes, il ne semble pas que ce soit là un exemple de perception différente d'une même situation. Il semblerait plutôt que les hommes que nous avons pu rencontrer et interroger sont encore, en majeure partie, de ceux qui actuellement respectent leurs obligations d'allocation d'entretien.

Tableau 5.11

Caractéristiques des paiements d'allocation d'entretien
(Étude des entrevues avec les clients)

Montant reçu/versé	Femmes	Hommes
Le plein montant	71 %	88 %
Le plein montant, en règle générale	6	4
De la moitié aux trois quarts	2	--
Moins de la moitié	3	--
Aucun montant	18	7
Ponctualité des paiements		
Toujours à la date prévue	51 %	77 %
En général à la date prévue	14	11
Dans la semaine	6	4
Avec du retard, en général	12	7
Aucun paiement	18	7
Paiements réguliers		
Oui	64 %	85 %
Non	29	9
Variables	7	6

Le tableau 5.12 présente les réponses aux questions portant sur le caractère durable des ordonnances d'allocation d'entretien. Dans environ 59 p. 100 des cas, le montant des paiements d'allocation d'entretien était encore celui ordonné à l'origine. Dans le quart des cas où le montant avait été modifié, environ 30 p. 100 était dû à une clause, officielle ou non, qui prévoyait des augmentations pour tenir compte de l'inflation. Des ordonnances modificatrices ont été demandées,

soit par la femme, soit par le mari, dans environ 27 p. 100 des cas où le montant des paiements d'allocation d'entretien différait de celui fixé à l'origine.

Tableau 5.12

Modification du montant des paiements d'allocation d'entretien et demandes d'ordonnance modificatrice (Données tirées des entrevues avec les clients)

	Femmes	Hommes
Modification du montant de l'allocation d'entretien		
Supérieur	14 %	21 %
Inférieur	12	11
Identique	57	61
Aucun paiement	18	7
Motif de la modification		
Clause d'inflation	32	28
Modification demandée (ex-époux)	13	18
Modification demandée (soi-même)	12	14
Accord à l'amiable	12	21
Divers	32	19
Exécution ordonnée		
Oui	27	19
Non	65	75
A venir	8	5

Enfin, plus d'un quart (27 p. 100) des femmes ont tenté d'obtenir une exécution forcée de l'ordonnance de l'allocation d'entretien, et 8 p. 100 ont l'intention de le faire. Près d'un cinquième des hommes ont dû comparaître pour s'expliquer et 5 p. 100 prévoient avoir à le faire sous peu. Quant aux exécutions forcées, dans un tiers des cas les hommes ont été enjoints de payer et environ un cinquième ont obtenu une diminution du montant de leurs paiements. Aucun homme n'a signalé de saisie sur salaire, malgré que telle ait été la décision du juge dans 16 p. 100 des requêtes d'exécution déposées par les femmes. La catégorie des "divers" est la plus élevée (37 p. 100) et recouvre des jugements trop diversifiés pour qu'il ait été possible de les coder convenablement.

Perceptions des aspects économiques du divorce

Au cours de nos entrevues, nous avons posé un certain nombre de questions sur le règlement des aspects économiques du divorce : le caractère équitable du règlement et le degré de satisfaction ou d'insatisfaction à cet égard. Premièrement, au moment où l'entente relative aux allocations d'entretien a été conclue, la plupart des femmes (77 p. 100) s'estimaient satisfaites du montant convenu entre les parties ou imposé par le tribunal. Ainsi que le tableau 5.13 le montre, les gens utilisaient divers moyens pour déterminer le montant de la prestation. Nous trouvons une différence négligeable entre le degré de satisfaction de ceux qui avaient réglé la question avant de s'adresser au tribunal et ceux qui ont obtenu un règlement par voie judiciaire. Cependant, au moment des entrevues, soit environ six mois après la décision finale, seule la moitié environ (49 p. 100) des femmes demeuraient encore satisfaites du montant de l'ordonnance qui avait été établi. Par contre, 67 p. 100 des hommes estimaient qu'ils étaient satisfaits du montant au moment de l'ordonnance; au moment des entrevues, cette proportion était tombée à 52 p. 100. Les distributions, en ce qui a trait aux cas de médiation et à ceux sans médiation, sont très semblables à celles dont nous venons de faire mention.

Tableau 5.13

Mode de détermination du montant des paiements d'allocation d'entretien
(Données tirées des entrevues avec les clients)

Méthode	Pourcentage
Audition en cour	29
Négociations d'un avocat	37
Médiation	5
Directement entre ex-époux	21
Divers	8

Tableau 5.14

Perceptions des changements du niveau de vie selon le sexe (Données tirées des entrevues avec les clients)

	Pourcentage	
	Femmes	Hommes
Pire	46	43
Inchangé	18	27
Meilleur	29	25
Autre	7	6

Cette analyse statistique laisse penser que la plupart des femmes, mais peu d'hommes estiment que leur niveau de vie a subi une baisse par suite de leur divorce ou de leur séparation. Cependant, comme le montre le tableau 5.14, en ce qui concerne leur niveau de vie actuel, l'idée que se font les femmes n'est pas fondamentalement différente de celle que se font les hommes. Dans l'ensemble, plus des deux cinquièmes des hommes et des femmes estiment que la rupture de leur mariage ne leur a pas fait du bien. Par contre, plus de 47 p. 100 des femmes et 52 p. 100 des hommes estiment que leur niveau de vie s'est amélioré ou est demeuré pratiquement inchangé. Aucune différence de perception n'a été relevée entre le groupe qui a eu recours à la médiation et celui qui n'y a pas eu recours.

Les données statistiques susmentionnées présentent une image de la situation économique des gens à la suite du divorce ou de la séparation. Cependant, les réponses qui nous ont été données à cette question et la façon dont ces réponses étaient formulées nous offrent une image plutôt différente. Pour commencer, beaucoup de femmes ne considéraient pas et ne définissaient pas la notion de "niveau de vie" en termes purement économiques. Dans le cas des femmes, lorsque l'alcoolisme ou la violence avaient précipité ou contribué à la rupture du mariage, un niveau économique plus bas était fréquemment perçu comme un prix acceptable pour leur liberté. De plus, même si le revenu

familial était théoriquement plus élevé avant la séparation, en réalité, la grande partie de ce revenu était gaspillée à l'extérieur de la famille. Ainsi que l'illustrent les extraits qui suivent, tout en étant plus pauvres sur papier, beaucoup de femmes estiment que leur vie est maintenant exempte de surprises et qu'elles ont le contrôle des ressources financières dont elles disposent.

"On avait plus d'argent, mais on avait aussi plus de dépenses. Avant, il dépensait tout l'argent pour l'alcool. Maintenant, c'est pas amusant d'être sur le bien-être, mais au moins tout dépend de moi. Le stress est différent."

"Financièrement, ma situation est stable maintenant. Je sais combien je vais avoir d'argent et je sais combien de temps ça va durer. C'est moi qui contrôle l'argent. Tant que j'en ai assez pour vivre, ça fait mon affaire."

"Financièrement, ça marche. Pendant que j'étais mariée, je devais compter sur mon mari pour l'argent de poche et l'argent pour l'épicerie... lui, il dépensait environ 500 $ par mois pour la boisson.

"C'est pire d'une certaine manière. On met beaucoup plus de temps pour s'acheter quelque chose. Mais on a plus d'indépendance pour décider comment dépenser l'argent. C'est moi qui décide des priorités."

"Du point de vue financier, c'est beaucoup plus serré. Mais par contre, il y a beaucoup moins de stress, c'est donc mieux."

"Maintenant, je vis en appartement. Je vivais dans une maison. On avait l'habitude de voyager, maintenant je ne voyage plus. Je pouvais me payer plus de vêtements. Mais je suis heureuse comme ça - j'ai fait mon choix."

"Je me sens beaucoup plus indépendante et en contrôle, même si je n'ai plus autant d'argent à dépenser qu'avant."

"Il buvait tout le temps. On n'avait pratiquement pas d'argent pour l'épicerie. On a dû une fois manger chez ma mère pendant deux semaines. Il ne savait pas du tout administrer son argent. Aujourd'hui je peux faire mon budget et dépenser l'argent pour le nécessaire."

Certains hommes ont également parlé dans le même sens. Il y avait par exemple une minorité d'hommes qui s'étaient trouvés pris aussi dans des relations apparemment empreintes de diverses formes d'irresponsabilité financière de la part de leur ex-épouse. Bien qu'objectivement plus pauvres, ces hommes se sentaient considérablement soulagés de pouvoir maintenant contrôler leur revenu. Tout comme les femmes que nous avons interrogées, des hommes estimaient que leur niveau de vie actuel qui était moins élevé était le prix qu'ils acceptaient de payer pour sortir d'une situation affective intolérable. Des hommes qui, au moment des entrevues, estimaient que leur niveau de vie avait baissé ont indiqué qu'ils payaient encore des dettes - Mastercard, Visa, etc. - contractées durant leur mariage. Ils envisageaient se trouver prochainement dans une meilleure situation financière. Enfin, même s'il est vrai que les hommes que nous avons interrogés semblaient en moyenne disposer d'un revenu considérablement plus élevé que leur ex-femme, beaucoup d'entre eux se considéraient plus pauvres parce qu'ils avaient abandonné leur maison et laissé l'ameublement à leur ex-femme et à leurs enfants, et recommençaient leur vie avec beaucoup moins de biens matériels.[73]

Répercussions de la médiation en matière de divorce

Nous venons d'exposer certains aspects de la situation économique des hommes et des femmes après leur séparation ou leur divorce et nous penchons maintenant sur la question à savoir si la médiation a une incidence sur le montant des allocations d'entretien et sur la façon dont elles sont versées. Il est particulièrement intéressant de déterminer si les résultats obtenus en ce qui a trait aux allocations d'entretien sont différents lorsque cette question fait partie ou non des problèmes soumis à la médiation. De façon concrète, on a cherché à savoir si les femmes et les enfants s'en tirent mieux à Montréal, où les quatre questions sont abordées dans le cadre de

la médiation, qu'à Saskatoon et à St. John's où seules les questions de garde et de droit de visite et de sortie peuvent être réglées par le truchement de la médiation.

Le fait que les territoires d'enquête diffèrent au niveau de la taille et aussi au niveau de l'aisance financière des clients ne simplifie pas l'analyse. Il n'est donc guère surprenant de voir au tableau 5.15 que, parmi les quatre territoires d'enquête, ce sont les clients de St. John's qui déclarent les revenus mensuels moyens les plus faibles, bien que les clients de Saskatoon soient également financièrement moins aisés que ceux des deux autres tribunaux. Le montant mensuel des paiements d'allocation d'entretien suivent d'ailleurs la même tendance (tableau 5.16).

Tableau 5.15

Revenu mensuel moyen par territoire d'enquête et par sexe

Territoire d'enquête	Revenu moyen	
	Femmes	Hommes
Montréal	1 607 $	2 512 $
Saskatoon	1 283	2 208
St. John's	1 204	1 486
Ottawa	1 715	2 411

A Montréal, comme le mode (la valeur la plus courante) l'indique, le montant moyen de ces paiements a tendance à être "relevé" par ce qui est essentiellement une distribution bi-modale des ordonnances d'allocation d'entretien. A Ottawa, les ordonnances étaient si diverses qu'il a été pour ainsi dire inutile d'en tirer une valeur modale. En outre, la proportion du revenu des hommes consacrée aux paiements d'allocation d'entretien diffère également d'un district à un autre : 16,5 p. 100 à St. John's, 17,4 p. 100 à Saskatoon, 18,2 p. 100 à Ottawa, et 21,0 p. 100 à Montréal.

Tableau 5.16

Montant des paiements d'allocation d'entretien par mois et par territoire d'enquête

Territoire d'enquête	Moyen	Médiane	Mode
Montréal	534	390	300 (600)
Saskatoon	519	300	300
St. John's	273	190	300 (200)
Ottawa	549	400	---

Les données recueillies révèlent que, en général, le montant moyen des allocations d'entretien est supérieur lorsque les ex-époux ont eu recours à la médiation que lorsqu'ils n'y ont pas eu recours. Selon les archives des tribunaux, le montant moyen des allocations d'entretien dans les cas où les ex-époux ont eu recours à la médiation est de 430 $ par mois, et de 332 $ par mois lorsqu'il n'y a pas eu médiation, ce qui représente un écart de 98 $ par mois. D'autre part, les clients qui ont eu recours à la médiation font état d'un paiement d'allocation d'entretien moyen de 543 $ par mois, comparativement à 428 $ par mois pour ceux qui n'y ont pas eu recours, soit une différence de 114 $ par mois. En supposant que ces paiements soient effectués, la médiation a pour effet d'accroître le revenu des femmes et des enfants d'environ 1 200 $ à 1 400 $ par an. Autrement dit, les paiements d'allocation d'entretien sont, en général, supérieurs de 22 p. 100 lorsque les ex-conjoints ont eu recours à la médiation.

Nous commençons par ces comparaisons générales parce qu'elles prouvent que la médiation a des incidences favorables sur les difficultés économiques que connaissent les femmes et les enfants après une rupture. Toutefois, il faut bien reconnaître que les écarts ne sont pas grands. Ces résultats ébranlent cependant

l'opinion selon laquelle les femmes s'en tirent moins bien lorsque leur séparation ou leur divorce fait l'objet d'une médiation. Ces résultats s'expliquent peut-être par le fait que les écarts relevés ne proviennent pas de la médiation, mais plutôt d'un écart entre les revenus de ceux qui ont eu recours à la médiation et de ceux qui n'y ont pas eu recours. En fait, comme nous l'avons expliqué dans la quatrième partie, les clients ayant eu recours à la médiation s'en tirent un peu mieux que la population générale des couples qui se séparent ou qui divorcent. Cependant, lorsqu'on tient compte des revenus, comme dans le tableau 5.17, l'écart se maintient : pour les trois niveaux de revenus choisis, le montant des paiements d'allocation d'entretien est de 12 à 20 p. 100 plus élevé pour les cas de médiation que ceux où il n'y a pas eu de médiation. Une ventilation plus détaillée de ces données sur le revenu ne modifie pas ces résultats.

Tableau 5.17

Montant mensuel moyen des paiements d'allocation d'entretien en cas de médiation et en l'absence de médiation pour divers niveaux de revenus

Niveau de revenus	Type de cas		Différence (%)
	Médiation	Sans médiation	
Faible	401 $	341 $	15
Moyen	446	358	20
Élevé	566	500	12

Faible : 900 $ par mois ou moins; moyen: de 1 100 $ à 1 900 $; élevée: plus de 1 900 $

Une analyse plus poussée des données révèle que ces écarts apparents masquent une variation considérable selon qu'il s'agit des hommes ou des femmes, de couples séparés ou de couples divorcés, du sexe du requérant et du territoire d'enquête. On pourrait, bien entendu, ventiler davantage ces données, mais les analyses qui suivent suffiront sans doute à prouver que partisans

et détracteurs de la médiation ont certains arguments à apporter en leur faveur.

Si l'on examine séparément les actions en divorce et celles en séparation, le premier point à noter est que la médiation a davantage de répercussions sur les couples qui se séparent que sur ceux qui divorcent. Les données tirées des archives des tribunaux révèlent que le montant des paiements d'allocation d'entretien est, en moyenne, de 19 p. 100 supérieur dans les cas de divorce et de 40 p. 100 supérieur dans les cas de séparation lorsque les clients ont eu recours à la médiation. L'écart est plus grand lorsque la femme est la partie requérante et qu'elle et son ex-époux ont eu recours à la médiation, cet écart étant alors de 33 p. 100 pour les actions en divorce et de 55 p. 100 pour les actions en séparation.

La question se complique lorsque nous examinons les déclarations des clients concernant les montants des allocations d'entretien reçus ou versés par eux : nous obtenons des ensembles de résultats contradictoires, qui s'annulent presque. Nous pouvons voir au tableau 5.18 que pour deux des trois niveaux de revenus que nous avons choisis, les montants des paiements d'allocation d'entretien sont légèrement plus élevés lorsque les personnes divorcées n'ont pas eu recours à la médiation. L'écart n'est pas grand, et sa moyenne s'établit à environ 9 p. 100. Par contre, pour ce qui est des actions en séparation, la médiation a eu des répercussions assez fortes sur le montant des paiements d'allocation d'entretien puisque la différence moyenne s'établit à environ 40 p. 100.

Tableau 5.18

Montant mensuel moyen des paiements d'allocation d'entretien par type de cas et niveau de revenus en cas de médiation et en l'absence de médiation

Type de cas	Niveau de revenu		
	Faible	Moyen	Élevé
Divorce			
Avec médiation	359	456	484
Sans médiation	467	436	535
Séparation			
Avec médiation	440	473	658
Sans médiation	184	260	517

La différence dans le montant des paiements d'allocation d'entretien, entre les instances ayant fait l'objet d'une médiation et celles qui n'en ont pas fait l'objet, est un résultat inattendu, et nous avons consacré un temps-machine considérable à son analyse détaillée. Nous sommes incapables, pour le moment, de fournir une explication satisfaisante. Nous avons toutefois envisagé la possibilité que la nature de la représentation en justice ait été différente dans les deux cas. Pratiquement toutes les personnes qui ont introduit une instance de divorce (98 p. 100) ont été représentées par un avocat, tandis que seulement environ deux tiers des requérants en vertu de la législation provinciale l'ont été. Il est donc possible que ceux qui n'ont pas eu recours à la médiation n'aient pas pris non plus un avocat, et ils en ont pâti doublement. Cependant, cela n'est pas confirmé par nos données. Les probabilités que les personnes ayant recours à la médiation et celles n'y ayant pas recours aient une représentation en justice du même type (avocat exerçant à titre privé, avocat de l'aide juridique, ou auto-représentation) sont faibles, sinon négligeables. Pour un type de représentation donné, on trouve les mêmes caractéristiques que celles indiquées au tableau 5.19, en ce qui a trait au montant moyen des paiements d'allocation d'entretien.

Autrement dit, nous avons consigné ces données ainsi que les écarts entre les cas de médiation et de non-médiation, mais nous ne pouvons pas les justifier pour le moment.

Comparaisons entre territoires d'enquête

Comme nous l'avons dit plus tôt, c'est à Ottawa et à Montréal que l'on trouve les montants de paiements d'allocation d'entretien les plus élevés. Dans deux des trois territoires d'enquête, ces montants sont plus élevés lorsque les couples ont eu recours à la médiation que lorsqu'ils n'y ont pas eu recours. A Montréal et à Saskatoon, la différence est de 28 p. 100 et de 11 p. 100 respectivement. Cependant, à St. John's, dans les cas de médiation, les paiements d'allocation d'entretien en cas de médiation sont inférieurs d'environ 4,5 p. 100 à ceux obtenus par un autre moyen. Autrement dit, nos données suggèrent que, du point de vue des femmes et de leurs enfants, il est bon d'inclure les questions d'allocation d'entretien parmi celles qui doivent être discutées dans le cadre d'une médiation.

Nous pouvons ajouter également que les clients que nous avons interrogés à Saskatoon et à St. John's se sont souvent plaints que la question d'allocation d'entretien -- souvent l'une des questions les plus litigieuses -- ne soit pas abordée par les médiateurs. Comme nous l'avons mentionné dans la quatrième partie, il ne semble pas non plus qu'il y ait encore des raisons d'exclure cette question du cadre de la médiation. Un très grand nombre des avocats que nous avons interrogés pensent que la médiation devrait se cantonner au partage des biens, mais ils semblent aussi penser que la question de l'allocation d'entretien devrait être réglée en même temps que celle du droit de garde et du droit de visite et de sortie. Il est de fait que, si on examine les services de médiation offerts à Montréal, on ne voit pas comment un couple peut parvenir à une entente au sujet de la garde et de l'accès sans essayer en même temps d'arriver à une

entente sur l'allocation d'entretien. Il est cependant intéressant d'étudier l'effet favorable de la médiation sur les difficultés économiques qu'entraîne une rupture de mariage.

Ainsi qu'il ressort du tableau 5.19, la médiation a plus d'effet sur la situation des femmes séparées que sur celle des femmes divorcées. On a pu voir que les hommes séparés qui ont eu recours à la médiation versent mensuellement un montant plus élevé que ceux qui n'y ont pas eu recours, mais les femmes que nous avons pu interroger se tirent dans une proportion de 50 p. 100 mieux d'affaire que celles qui n'ont pas pu -- ou pas voulu -- recourir à la médiation. Les hommes en instance de divorce qui ont suivi des séances de médiation ont accepté -- ou ont été obligés -- de verser en moyenne 20 p. 100 de leurs revenus en paiements d'allocation d'entretien, comparativement à 18,1 p. 100 pour ceux qui n'ont pas eu recours à la médiation. L'écart est plus marqué pour les hommes séparés puisqu'on enregistre 20,8 p. 100 pour les cas de médiation, et 15,6 p. 100 pour les cas où les parties n'ont pas eu recours à la médiation. Quant aux femmes divorcées, 37 p. 100 et 41 p. 100 de leur revenu total provient des paiements d'allocation d'entretien. Les écarts les plus frappants ont cependant trait aux femmes séparées. Celles qui ont eu recours à la médiation indiquent que 53 p. 100 de leurs revenus proviennent des paiements d'allocation d'entretien, tandis que ce chiffre n'est que de 27 p. 100 pour celles qui n'y ont pas eu recours pour parvenir à une entente.

Tableau 5.19

Montant moyen des paiements d'allocation d'entretien reçus ou versés en cas de médiation et en l'absence de médiation par sexe et par type de cas (Données tirées des entrevues avec les clients)

	Médiation	Sans médiation	Écart
Actions en divorce			
Femmes	440 $	497 $	-57
Hommes	427	448	-21
Actions en séparation			
Femmes	577	273	+304
Hommes	476	383	+ 93

Effets favorables de la médiation sur les difficultés économiques

Il est donc évident que la médiation a des effets assez favorables sur le revenu des femmes en instance de séparation, et une certaine incidence sur la situation des femmes divorcées. Cependant, lorsqu'on réunit les deux groupes, il n'y a que peu de différence entre les cas où il y a eu recours à la médiation et ceux où il n'y a pas eu recours, et les risques que les femmes et leurs enfants vivent au-dessous des seuils de pauvreté, présentés au tableau 5.2, sont très similaires dans les deux cas. L'écart global de 4,4 p. 100 indiqué au tableau 5.20 n'est pas assez marqué pour qu'il soit permis de tirer des conclusions quelconques sur les effets qu'a la médiation en matière de divorce sur les difficultés économiques des femmes et des enfants. Il semble cependant indiscutable que, en général, les femmes obtiennent de plus grands avantages lorsque le couple a recours à la médiation. Cependant, les différences entre les montants des paiements d'allocation d'entretien, quoique importantes pour le bien-être de ces familles, ne sont pas suffisamment marquées pour remédier à l'état de pauvreté qui caractérise généralement la situation des femmes et les enfants après le divorce et la séparation.

Tableau 5.20

Proportion de femmes dont le revenu se situe au-dessous du seuil de pauvreté, pour des familles de diverses tailles en cas de médiation et en l'absence de médiation

Taille de la famille	Pourcentage au-dessous du seuil de pauvreté	
	Médiation	Sans médiation
Deux	41,5	46,6
Trois	69,1	57,7
Quatre	77,8	71,1
Cinq	82,4	84,8
Total :	64,7	60,2

Dans cette section, nous avons étudié la situation économique des femmes et de leurs enfants après une séparation ou un divorce. Comme nous l'avons vu, si les hommes consacraient aux paiements d'allocation d'entretien une part plus grande de leurs revenus, le nombre de familles qui vivent actuellement sous le seuil de pauvreté pourrait probablement diminuer de moitié. Cela pourrait se faire sans entraîner pour autant un appauvrissement excessif des hommes. Cette opinion est toutefois empreinte d'une certaine ambivalence. A l'échelon collectif, nous ne pouvons qu'être sidérés par la différence de niveau de vie entre les hommes et les femmes après leur séparation ou leur divorce, mais il n'est pas évident que les hommes qui se séparent ou qui divorcent devraient être forcés, individuellement, d'atténuer ou de corriger les inégalités de structure du revenu entre hommes et femmes. Il ne semble pas non plus raisonnable de tenir pour acquis que les médiateurs devraient, d'une certaine façon, ignorer les politiques adoptées par les tribunaux en ce qui a trait aux montants des paiements d'allocation d'entretien généralement ordonnés. Autrement dit, il ne faudrait pas être en faveur ou en défaveur de la médiation tout simplement parce qu'elle corrige ou non les inégalités flagrantes de notre société.

La médiation et l'exécution des ordonnances d'allocation d'entretien

Comme nous l'avons fait remarquer précédemment, la plupart des personnes que nous avons interrogées n'ont pas été interrogées en vue de savoir si elles respectent ou non les ordonnances d'allocation d'entretien et ce, parce que leur séparation ou leur divorce ne remontait pas à une date assez lointaine pour que nous puissions nous attendre aux mêmes taux de défaut de paiement que ceux signalés dans des études antérieures. Le tableau 5.11 fournit les caractéristiques générales des paiements d'allocation d'entretien et le tableau 5.12 donne une idée du degré de satisfaction, actuel et passé, des clients ayant reçu ou versé des paiements d'allocation d'entretien. Il y a peu à ajouter à cela : les distributions de pourcentages que ces tableaux fournissent, pour les hommes et pour les femmes, ne changent pas lorsque nous prenons à part les cas ayant fait l'objet d'une médiation et ceux qui n'en ont pas fait l'objet. La seule conclusion que l'on peut en tirer est que, comme les clients l'ont fait valoir, il n'y a pratiquement aucune différence entre les ententes obtenues par médiation et celles obtenues par d'autres moyens quant à l'exécution des ordonnances d'allocation d'entretien, à la régularité des paiements et au degré général de satisfaction des clients à l'égard du montant accepté ou fixé par ordonnance.

Il faut tout de même noter que lorsque les paiements d'allocation d'entretien ont été modifiés à la suite d'une entente entre les parties ou sur ordonnance du tribunal, les clients qui n'ont pas eu recours à la médiation indiquent que le montant a été relevé (16 p. 100 par rapport à 11 p. 100 pour les femmes; 24 p. 100 comparé à 16 p. 100 pour les hommes). Dans les cas de modification, dans près du tiers des cas, il y a deux fois plus de probabilités que les hommes et les femmes qui ont eu recours ou non à la médiation déclarent que cette modification

fait suite à une demande d'ordonnance modificatrice officielle ou non. Seulement environ 15 p. 100 des clients ayant eu recours à la médiation ont déclaré que cette modification découlait d'une clause d'inflation incluse dans leur entente, comparativement à environ 36 p. 100 des clients n'ayant pas eu recours à la médiation. Bien qu'il n'y ait pas de différence entre la proportion de femmes ayant demandé -- ou ayant l'intention de demander -- une exécution de l'ordonnance, 26 p. 100 des hommes qui ont obtenu une entente par médiation ont été obligés d'exécuter l'ordonnance d'allocation d'entretien, comparativement à 16 p. 100 des hommes qui n'avaient pas eu recours à la médiation. Finalement, alors que seulement deux cinquièmes des femmes appartenant au groupe ayant eu recours à la médiation (comparativement à environ la moitié de celles appartenant à l'autre groupe) pensent qu'elles s'en tirent moins bien financièrement, 57 p. 100 des hommes appartenant au groupe ayant eu recours à la médiation ont déclaré qu'ils s'en tirent moins bien (comparativement à 34 p. 100, pour ceux qui n'ont pas eu recours à la médiation).

La médiation et le respect à long terme des ententes

On s'attend à ce que la médiation donne lieu à des ententes qui seront respectées longtemps et à ce que les parties n'aient pas à se présenter de nouveau devant les tribunaux pour demander une modification ou l'exécution des ordonnances. Comme nous l'avons dit dans la deuxième partie, ce n'est qu'à Montréal que nous avons relevé suffisamment de causes, dans notre échantillonnage, pour pouvoir effectuer diverses analyses statistiques. Les statistiques que nous fournissons ci-après permettent de croire que les services de médiation de Montréal parviennent très bien à mener à des ententes qui diminuent le risque de voir les ex-époux faire de nouveau appel aux tribunaux.

Lors de nos études de causes au tribunal de Montréal, en février 1987, seulement 72 couples, soit juste un peu plus que 18 p. 100 de notre échantillonnage total, avaient de nouveau fait appel aux tribunaux pour obtenir une ordonnance modificatrice, pour présenter une demande d'exécution ou pour demander différentes mesures en vertu de diverses lois. Dans presque tous les cas (70 couples ou 97 p. 100), les parties n'avaient pas eu recours à la médiation. Si, dans 20 p. 100 des cas n'ayant pas fait l'objet d'une médiation, les parties ont de nouveau fait appel aux tribunaux, ceci ne s'est produit que dans 4 p. 100 des cas de médiation. Il faut cependant noter que l'un de ces derniers cas impliquait un couple divorcé longtemps avant de recourir à la médiation.

Il convient de noter également que même si, dans l'ensemble, nous n'ayons relevé à Montréal que peu de différences entre les déclarations des clients quant aux modalités d'allocations d'entretien, il existe des différences importantes entre les personnes qui ont eu recours à la médiation et celles qui n'y ont pas eu recours. Par exemple, 97 p. 100 des femmes qui sont parvenues à un règlement au moyen de la médiation ont déclaré que les paiements leur sont faits régulièrement, comparativement à 66 p. 100 de celles appartenant au groupe n'ayant pas eu recours à la médiation. Il faut noter également que 85 p. 100 par rapport à 73 p. 100 ont dit recevoir leurs paiements à la date prévue ou presque. En outre, bien que deux cinquièmes des femmes aient demandé l'exécution d'ordonnances d'allocation d'entretien -- ou avaient l'intention de le faire -- cela n'est vrai que pour moins de 18 p. 100 des femmes ayant eu recours à la médiation.

GARDE ET DROIT DE VISITE ET DE SORTIE

Formes générales de garde

Selon l'analyse des données du Bureau central d'enregistrement des divorces effectuée par Statistique Canada dans les années 70, les ordonnances de garde revêtaient des formes plutôt similaires à celles que l'on connaît tous bien. Bien que des variations minimes apparaissent d'une province à l'autre, les données montrent que les femmes se voient accorder la garde des enfants dans 85,6 p. 100 des cas. De plus, lorsque les femmes se portent requérantes, les pères intimés sont pratiquement exclus, n'obtenant la garde légale que dans 4 p. 100 environ des cas. Par contre, comme le montrent les données, lorsqu'ils se portent requérants (environ le tiers de toutes les requêtes), les hommes ont plus de chances de se voir accorder la garde des enfants (43 p. 100 des cas). Donc, de prime abord, il semble que les hommes qui souhaiteraient obtenir la garde de leurs enfants seraient bien avisés de se porter requérants. En même temps, comme nous allons le démontrer, ces affirmations peuvent pécher par simplification étant donné qu'il n'est pas tout à fait évident que lorsque les hommes se portent requérants, les circonstances ou la situation des deux parents sont semblables à celles qui existent lorsque les femmes se portent requérantes.

D'après nos données les plus récentes, les tendances fondamentales des ordonnances de garde ne diffèrent pas des données antérieures. On peut tout de même déceler un certain nombre de changements au moins dans les quatre provinces où les renseignements ont été recueillis. Premièrement, le pourcentage des requêtes en divorce introduites par les femmes est tombé de 66 p. 100 à 61 p. 100. Par ailleurs, le tableau 5.21 montre que les femmes se voient accorder la garde exclusive moins souvent que par le passé (76,6 p. 100 par opposition à 85,6 p. 100).

Tableau 5.21

Répartition des attributions de la garde légale

Attribution de la garde légale	Pourcentage
A la femme	76,6
Au mari	9,5
Garde légale conjointe	8,8
Garde alternée	4,4
Autre	0,4

Une partie de la différence entre les données actuelles et celles de 1979 vient du fait que ces dernières, pour des fins de clarté, ne tenaient pas compte des cas où il n'était pas clair si la garde avait été attribuée exclusivement à un parent. Au tableau 5.22, nous ne tenons pas compte des ordonnances de garde partagée ou de répartition de la garde. La seule différence importante entre les données de 1979 et celles de 1985 est que lorsqu'ils sont requérants, les hommes se voient attribuer la garde bien moins fréquemment que dans les années 1970 (21,7 p. 100 contre 42,6 p. 100). Cependant, lorsque les femmes se portent requérantes, les différences sont négligeables, n'affichant qu'une baisse d'environ 1,5 p. 100.

Tableau 5.22

Droit de garde attribué seulement à un des ex-époux selon le sexe du requérant

Sexe du requérant	Ex-époux à qui le droit de garde exclusive est attribué	
	Femme	Mari
Femme	94,2	5,8
Mari	78,3	21,7

Une des questions qui vient spontanément à l'esprit est de savoir pourquoi les hommes requérants ont moins de chances que les femmes de se voir attribuer la garde exclusive de leurs

enfants. La réponse semble être que les tribunaux ont davantage tendance à attribuer aux parents la garde conjointe, surtout lorsque les hommes sont les requérants et qu'ils ont contesté la garde, ou du moins manifesté de l'intérêt pour la garde. En outre, nos données révèlent une proportion légèrement plus élevée de cas où la garde des enfants est attribuée alternativement au père et à la mère (voir le tableau 5.23). Il ne faudrait pas en conclure pour autant que les juges imposent la garde conjointe pour régler le litige entre les parties. Il semblerait plutôt que lorsque le père manifeste le désir de garder ses enfants, tant les avocats que les médiateurs -- et les parents eux-mêmes, bien entendu -- ont plus tendance qu'autrefois à opter pour la garde conjointe.

Tableau 5.23

Attribution de la garde selon le sexe de la partie requérante

Ordonnance de garde exclusive accordée :	Sexe de la partie requérante	
	Femme	Homme
aux femmes requérantes	83,3	--
aux femmes intimées	--	63,8
aux maris requérants	--	17,9
aux maris intimés	5,1	--
Garde conjointe	8,0	10,5
Garde alternée	2,9	7,4
Autre	0,8	0,4

Garde contestée

Avant l'entrée en vigueur de la Loi de 1985 sur le divorce, il était nécessaire qu'une partie au divorce assume le rôle de partie requérante. Mais comme de nombreux commentateurs l'ont fait remarquer, cela n'était souvent qu'une commodité juridique ayant peu ou pas de lien avec les circonstances mêmes de la

rupture du mariage. Nous ne pouvons pas non plus présumer, ainsi que le laisse plus ou moins entendre l'étude réalisée par Statistique Canada que lorsqu'ils se portent requérants, les hommes demandent en même temps la garde, ou opposent une contestation vigoureuse à celle-ci.

Tableau 5.24

Règlement des contestations de garde

Méthode	Pourcentage
Négociation entre les parties	44,4
Négociation entre les avocats	16,0
Médiation	6,6
Enquête relative à la garde	4,4
Audience judiciaire	14,9
Autre	13,8

Comme nous l'avons mentionné, les archives judiciaires montrent qu'<u>à l'origine</u> la garde était contestée dans 27,5 p. 100 de toutes les requêtes en divorce et que dans 46,5 p. 100 des cas, elle était considérée comme contestée, ces chiffres ayant été confirmés par ce que nous ont dit les hommes et les femmes dans les entrevues. Cependant, seulement 15 p. 100 des requêtes contestées à l'origine devaient être tranchées par le tribunal. Les autres requêtes étaient tranchées de diverses façons avant l'audience (tableau 5.24). Même si les proportions figurant dans ce tableau pour ce qui est des audiences judiciaires et des audiences de garde sont tout à fait exactes, la prudence s'impose dans l'appréciation des différences au niveau des négociations entre les parties, d'une part, et les négociations entre avocats ou la médiation, d'autre part. Comme nous l'avons appris, certains clients qui disaient avoir personnellement réglé les questions de garde et autres avaient en fait pris part à des séances de médiation où avaient été jetées les bases de l'entente de séparation. Même si ces cas sont troublants pour les médiateurs désireux d'afficher des résultats favorables, ils font

état de l'efficacité des techniques de médiation qui amènent les clients à penser que ce sont eux plutôt que le médiateur qui sont à l'origine de l'entente. Bien que nous ne disposions pas de données comparables pour les avocats, nous pouvons fort probablement affirmer que là également, les clients sous-estiment le rôle que leur avocat a joué dans le règlement.

Il est clair donc que dans les trois quarts environ des divorces mettant en cause des enfants, la question de l'attribution de la garde n'était pas litigieuse; on présumait que les enfants iraient aux femmes. Dans la majorité des cas où la garde a été contestée à un certain moment, peu de gens étaient prêts à contester la question en cour. Néanmoins, il est intéressant de connaître les issues et les perceptions ultérieures du petit groupe d'hommes qui, à l'origine du moins, estimaient que la garde était une question litigeuse. Nous commençons en examinant, d'une façon générale, les issues des cas dans lesquels les archives judiciaires indiquaient que la garde allait être contestée par la femme ou par le mari. D'après le tableau 5.25, lorsque la garde était contestée, les hommes avaient deux fois plus de chances de se voir attribuer la garde exclusive que lorsqu'elle ne l'était pas. En tenant compte de la garde légale partagée (qui peut également signifier la parentalité partagée) et de la garde alternée, 41 p. 100 des hommes, au lieu de 20 p. 100 seulement, continuent d'avoir une relation légale avec tous leurs enfants ou quelques-uns d'entre eux à la suite de la contestation de la garde.

Le tableau 5.25 n'établit pas de distinction entre le sexe des requérants ayant contesté à un moment où un autre les modalités du régime de garde. Le tableau 5.26 fournit des données supplémentaires sur les hommes, en tant que requérants, lorsque la garde faisait l'objet d'un litige. Là encore, compte tenu des circonstances, la probabilité que les femmes se voient attribuer la garde exclusive de leurs enfants est faible. Les

hommes, d'autre part, obtiennent de meilleurs résultats lorsqu'ils contestent la garde, ces résultats se chiffrant à 17 p. 100 comparativement à 7 p. 100 (Voir le tableau 5.26). Dans l'ensemble, environ 46 p. 100 de ces hommes conservent des liens légaux avec leurs enfants.

Tableau 5.25

Résultats obtenus lorsque le droit de garde fait l'objet de litiges

Type d'ordonnance	Garde contestée	
	Oui	Non
Garde entièrement attribuée à :		
Femme requérante	39 %	57 %
Femme intimée	20	23
Mari requérant	7	5
Mari intimé	8	2,5
Garde conjointe	17	8,5
Garde alternée	9	4

Tableau 5.26

Jugements en matière de garde lorsque le droit de garde fait l'objet de litiges et que le mari est le requérant

Type d'ordonnance contestée	Garde	
	Oui	Non
En faveur de la femme	53,7	70,4
En faveur du mari	17,1	13,0
Garde conjointe	17,1	9,6
Garde alternée	12,2	7,0

Enfin, le tableau 5.27 fournit des données sur les résultats que donnent les diverses méthodes utilisées pour parvenir à un règlement (mais nous avons exclu la catégorie "divers"). Lorsque la garde ne fait pas l'objet d'une contestation, elle est attribuée à la femme dans 79 p. 100 des cas. Lorsque cette

question fait l'objet de litiges devant les tribunaux ou non, les probabilités que la femme l'obtienne sont plus faibles. En retour, les hommes ont de plus grandes probabilités de se voir attribuer la garde exclusive de leurs enfants lorsque leur cause est débattue devant les tribunaux (26,2 p. 100). Cela est probablement dû au fait que les tribunaux canadiens semblent peu enclins à imposer la garde partagée lorsque les parties n'ont pas pu s'entendre au préalable.[74] L'analyse distincte des actions instituées par les hommes qui ont mené à une ordonnance de garde en leur faveur ou à une évaluation en matière de garde permet de penser que, dans ces circonstances, la garde des enfants leur est attribuée dans 40 p. 100 et dans 18 p. 100 des cas, respectivement.

En somme, il ressort des diverses analyses et ventilations présentées que lorsqu'ils se portent requérants ou dans une certaine mesure, contestent la garde, les hommes ont des chances un peu meilleures de se voir attribuer la garde. Il y a lieu de souligner, toutefois, que nos données ne confirment pas les constatations américaines selon lesquelles les hommes ont plus que des chances égales de se voir attribuer la garde s'ils la contestent. L'issue la plus fréquente semble plutôt indiquer que les chances sont plus grandes d'obtenir la garde légale conjointe ou la garde alternée, si le litige est réglé avant l'audience.

Tableau 5.27

Attribution de la garde selon la méthode de règlement de la question de la garde

Méthode de règlement	Genre d'ordonnance de garde				
	Femme	Mari	Conjointe	Alternée	Nombre
Négociation entre les parties	59,5	8,5	21,6	10,5	(153)
Négociation entre avocats	67,9	7,6	13,2	11,3	(53)
Médiation	32,6	2,3	65,1	--	(43)
Enquête relatives à la garde	68,4	10,5	10,5	10,5	(19)
Audience judiciaire	68,9	26,2	4,9	--	(61)
Garde non contestée	79,2	4,2	14,4	2,2	(361)

La médiation et les modalités de garde

Parmi les résultats fournis dans ce rapport, l'un des plus intéressants est que lorsque les couples règlent par médiation la question de la garde des enfants, la garde conjointe leur est attribuée dans 65 p. 100 des cas. Cependant, des analyses plus détaillées indiquent que les effets de la médiation sur le régime de garde des enfants sont moins marquants qu'on aurait tendance à le croire. Ici, les parties ont identifié la médiation comme étant le moyen idéal de régler des différends et ces chiffres globaux révèlent également que, à Montréal, les médiateurs rattachés aux tribunaux ont fortement tendance à inciter les couples à parvenir à une entente de garde conjointe.

Cependant, les données tirées tant des archives des tribunaux que des entrevues avec les clients indiquent que les probabilités sont quatre fois plus grandes que les personnes qui ont eu recours à la médiation optent pour la garde conjointe que lorsqu'elles ont seulement recours au processus judiciaire, que cette question ait fait l'objet d'un litige ou non. Le tableau 5.28, qui se fonde sur les archives des tribunaux, montre que les

probabilités que la garde soit attribuée exclusivement à la mère sont beaucoup plus faibles lorsque la cause est portée en médiation. Les hommes ne s'en tirent pas nécessairement mieux lorsqu'ils ont recours à la médiation, mais leurs chances sont plus grandes d'obtenir au moins un droit légal de rapports avec leurs enfants.

Tableau 5.28

Types de décision en matière de droit de garde en cas de médiation et en l'absence de médiation
(Données tirées de l'analyse des causes)

Type d'ordonnance	Type de cas	
	Avec médiation	Sans médiation
Droit de garde attribué exclusivement		
à la mère	54,7	79,4
au père	10,5	9,6
Garde conjointe	28,4	6,5
Garde alternée	5,3	3,9
Divers	1,1	0,7

Comme nous l'avons fait remarquer, ces résultats sont quelque peu déformés par le fait que le nombre de cas de médiation est plus élevé à Montréal qu'ailleurs et que les médiateurs montréalais préfèrent, en général, la garde conjointe et un rôle parental partagé. Comme l'indique le tableau 5.29,environ 47 p. 100 des cas ayant fait l'objet de médiation, à Montréal, ont abouti à la garde conjointe. Ce chiffre est beaucoup plus faible dans les autres territoires d'enquête. Aux fins de comparaison, la distribution totale des ordonnances est fournie pour Ottawa et pour les trois autres territoires. Il est intéressant de noter qu'à Ottawa, des ordonnances de garde conjointe sont rendues dans 15 p. 100 des cas, soit plus fréquemment qu'à Montréal.

Tableau 5.29

Résultats en matière de droit de garde par territoire d'enquête en cas de médiation et en l'absence de médiation (Données tirées de l'analyse des causes)

Territoire d'enquête	Type d'ordonnance de garde			
	Femme	Mari	Conjointe	Alternée
Montréal :	74,0	11,5	10,7	3,8
Avec médiation	37,8	11,1	46,7	4,4
Sans médiation	79,5	11,6	5,3	3,3
Saskatoon :	77,7	10,7	6,4	3,7
Avec médiation	77,7	11,1	7,4	3,7
Sans médiation	86,1	10,5	3,4	--
St. John's :	84,5	6,9	3,7	3,7
Avec médiation	75,0	10,0	15,0	--
Sans médiation	86,4	6,5	2,4	3,7
Ottawa :	70,9	7,8	14,9	5,7

L'analyse qui précède se fonde principalement sur les archives des tribunaux parce que l'échantillonnage de clients (ayant eu recours ou non à la médiation) tend, en général, à surreprésenter les couples ayant conclu une entente de garde conjointe. Cela se comprend, étant donné que les probabilités sont plus grandes que les ex-époux ayant obtenu un droit de garde conjointe des enfants soient restés dans le même district et aient été davantage enclins à se laisser interroger. Le tableau 5.30 montre comment le droit de garde a été attribué aux divers clients interrogés dans le cadre de cette étude. Il ne fait pas partie de notre mandat d'entrer dans le détail de ces modalités de garde conjointe, mais il faut noter qu'environ 43 p. 100 des hommes et 49 p. 100 des femmes interrogés ont déclaré que l'ordonnance de garde conjointe incluait la garde physique partagée. Les différents types d'entente sont indiqués au tableau 5.31. Il faut également noter que 62 p. 100 des femmes et 65 p. 100 des hommes ont choisi d'emblée la garde conjointe.

Tableau 5.30

Résultats en matière de droit de garde par territoires d'enquête en cas de médiation et en l'absence de médiation (Données tirées de l'analyse des causes)

Territoire d'enquête	Type d'ordonnance			
	Femme	Mari	Partagée	Autre
Montréal :	56,8	9,6	31,0	2,6
Avec médiation	40,0	5,5	53,6	0,9
Sans médiation	78,8	7,5	10,1	4,2
Saskatoon :	71,7	8,7	11,6	8,0
Avec médiation	63,8	10,0	18,5	7,7
Sans médiation	78,8	7,5	5,5	8,2
St. John's :	84,8	4,3	4,9	6,1
Avec médiation	81,7	3,3	10,0	5,0
Sans médiation	86,5	4,8	1,9	6,7
Ottawa :	69,8	7,6	18,1	4,5

Les personnes qui ont eu recours à la médiation pour régler leur divorce ou leur séparation semblent plus enclines que les autres à déclarer qu'elles ont choisi d'emblée la garde conjointe (69 p. 100 comparativement à 60 p. 100 chez les hommes et 64 p. 100 comparativement à 58 p. 100 chez les femmes). Finalement, s'ils devaient à nouveau faire un choix, 89 p. 100 des hommes et 75 p. 100 des femmes adopteraient la garde conjointe. Il n'y a pas de différence à cet égard entre les cas ayant fait l'objet d'une médiation et ceux qui n'en ont pas fait l'objet.

Tableau 5.31

Dispositions matérielles relatives au droit de garde conjointe en cas de médiation et en l'absence de médiation

Dispositions matérielles	Type de cas	
	Avec médiation	Sans médiation
Moitié moitié	43,2	51,1
La mère en semaine/le père en fin de semaine	9,5	13,3
Garde physique attribuée à la mère	21,1	13,3
Autre	26,3	22,2

Dans la deuxième partie, nous avons vu que l'on craint que, par suite de la réforme du droit de la famille, de la médiation en matière de divorce, et des pressions des groupes de défense des droits des pères, les femmes se sentent obligées d'accepter la garde conjointe contre leur gré. L'argument est qu'elles y consentent de peur que leur ex-époux gagne sa cause s'il la porte devant les tribunaux. Nul doute que les médiateurs incitent les couples à prendre une entente de garde conjointe, mais nous tenons à insister sur le fait que nos données -- tant quantitatives que qualitatives -- ne permettent absolument pas d'affirmer que les femmes (ou les hommes) s'y sont senti obligées. La plupart ont préféré la garde conjointe parce qu'elles ont estimé que cela était dans l'intérêt des enfants. Après un certain temps, la plupart des ex-époux ont déclaré voir plus d'avantages que d'inconvénients à la garde légale et physique conjointe.

Attitudes à l'égard de la garde

Il importe également de souligner ici que nos données ne révèlent pas que la garde était une question particulièrement contrariante ou litigeuse. Les groupes de défense des droits des

pères ont, semble-t-il, réussi à faire accepter l'image du père aigri à qui un système judiciaire favorable aux femmes a refusé d'attribuer la garde des enfants. Certes, au cours de cette recherche, on a rencontré des hommes qui, après avoir perdu la lutte pour l'attribution de la garde, se livrent à une croisade personnelle, souvent en suivant de près le comportement et les relations de leur ex-femme, dans l'espoir de découvrir quelque élément de preuve qui permettait d'infirmer la décision antérieure. Pour reprendre le dicton de C. Wright Mills, certains de ces hommes ont transformé un "problème personnel" en "question d'intérêt public".[75]

En élaborant notre questionnaire, nous nous sommes efforcés d'être particulièrement sensibles aux questions de la garde et, tout en posant un certain nombre de questions, nous avons essayé de permettre aux hommes en particulier d'exprimer leurs inquiétudes. Évidemment, cette section s'est surtout attachée à analyser les circonstances dans lesquelles les hommes qui ont divorcé sous le régime de l'ancienne loi étaient susceptibles ou non d'obtenir la garde de leurs enfants. A première vue, les statistiques qui précèdent renforcent l'argument selon lequel les "dés sont pipés contre les hommes", et que même lorsqu'ils manifestent un intérêt pour la garde de leurs enfants, leurs chances sont médiocres.

Cependant, pour diverses raisons, ces statistiques doivent être interprétées avec beaucoup de prudence. En premier lieu, nous n'avons pas pu découvrir de nombreux cas dans lesquels la garde avait été vraiment contestée avec vigueur. Même si certains hommes avaient initialement soulevé la question de la garde, nous avons eu l'impression au cours des entrevues que pour plusieurs d'entre eux, le fait de contester la garde était une question qui les laissait plutôt tièdes ou qui découlait dans certains cas du besoin de se venger. Cette impression a été confirmée par le petit nombre de demandes de garde qui sont effectivement

tranchées par un tribunal ou à la suite d'une enquête relative à la garde. En effet, il semble que dans la grande majorité des cas où les hommes avaient obtenu la garde exclusive, la question de la garde n'avait pas été chaudement contestée; la garde leur avait été attribuée par défaut. Les hommes, avons-nous appris, obtenaient la garde soit parce que la mère ne voulait pas des enfants ou qu'elle était, pour diverses raisons, incapable d'assumer la parentalité. Nous ne voulons pas laisser supposer que pour de nombreux hommes que nous avons interrogés, leurs enfants ne leur manquaient pas. Toutefois, nous avons également été surpris de constater que la grande majorité d'entre eux estimaient que leur ex-femme, quels que fussent leurs défauts, étaient des bonnes mères et que les enfants étaient mieux avec elles. En somme, il semble que la plupart des hommes partagent les idées répandues selon lesquelles les femmes auraient des qualités supérieures de parent ou, encore, s'estiment incapables d'assumer la parentalité à temps plein. En même temps, lorsqu'on leur demandait ce qu'ils pensaient de l'ordonnance de garde, environ 30 p. 100 des hommes se disaient insatisfaits dans une certaine mesure de l'issue lorsque la garde exclusive avait été attribuée à la mère. En revanche, s'ils avaient obtenu la garde exclusive ou la garde conjointe, la proportion de ceux qui se disaient satisfaits remontait respectivement à 100 p. 100 et à 85 p. 100.

Arrangements et ordonnances relativement au droit de visite et de sortie

Ainsi que nous l'avons appris au cours de la présente étude, même si la garde n'est peut-être pas la question brûlante que l'on décrit souvent, les avocats, les médiateurs, les juges et parfois même les clients reconnaissent que la question de visite et de sortie des enfants est presque toujours une question litigieuse et a tendance à le demeurer longtemps après la décision finale. S'il est un rôle qui convient aux services de counseling et de

médiation rattachés aux tribunaux, c'est bien celui d'organiser un régime de garde viable et réaliste qui, d'une part, permet au parent qui n'a pas la garde de rester en contact avec ses enfants tout en permettant au parent qui a la garde de se libérer pendant un certain temps de ses responsabilités parentales et qui, d'autre part, permet à ce dernier d'organiser sa vie et celle de ses enfants de façon certaine. Dans de nombreux cas, cette situation entraîne de nombreux problèmes qui exigent souvent l'aide de médiateurs ou de conseillers. Par exemple, nombre de personnes que nous avons interrogées ont exprimé le besoin d'obtenir en ce qui a trait au droit de visite et de sortie des services de counseling ultérieurs au divorce ou à la séparation, même s'ils avaient eu peu de difficultés à régler les questions de garde, d'allocation d'entretien et de partage des biens. Cette question était soulevée surtout par le petit groupe de gens qui tentaient de fonctionner sous le régime de la garde conjointe et de partage du rôle parental.

On ne pourrait dire laquelle de ces questions constitue le plus grand problème. Certes, nous avons surtout entendu parler dernièrement des hommes qui prétendent qu'on leur refuse l'accès à leurs enfants. Mais comme nos données le laissent voir, du point de vue des femmes, le problème majeur provient du fait que les hommes n'exercent pas toujours leurs droits de visite et de sortie des enfants ou le font de façon irrégulière et imprévisible. Dans le premier cas, les femmes sont obligées d'assumer seules le rôle de parent et, souvent, elles s'inquiètent avec raison des conséquences que l'absence du père peut avoir sur la vie des enfants. Dans le dernier cas, il devient manifestement impossible d'organiser son temps avec l'idée que les enfants seront avec leur père. En outre, les enfants courent le risque d'être déçus ou mêlés lorsque les arrangements convenus sont changés inopinément.

Du point de vue du tribunal se pose le problème vexant du respect des ordonnances d'allocation d'entretien et du droit de visite et de sortie des enfants. Si, pour le tribunal, ces deux types de mesures diffèrent, les parties à ce genre de litiges ont le plus souvent un avis différent. Selon Bisset-Johnson et Day, "Empêcher le droit de visite et de sortie des enfants" semble être une arme de la mère, et ne pas verser les allocations d'entretien, celle du père".[76] Malgré les admonestations répétées adressées aux parties aux "audiences de justification", les tribunaux semblent incapables de dissiper ce lien. Dans les paragraphes et les tableaux qui suivent, nous caractérisons brièvement la nature des ordonnances et des dispositions relatives au droit de visite et de sortie, d'une part, et, d'autre part, examinons de façon générale comment, du point de vue des clients, ces ordonnances et dispositions se traduisent dans la réalité.

Lorsque la garde exclusive est attribuée à un parent, les tribunaux canadiens accordent presque immanquablement à l'autre parent des droits de visite et de sortie. Il semble en être ainsi, même lorsque les antécédents de ce dernier parent sont entachés de violence ou d'aliénation mentale. Lorsque l'accès ou la garde a été chaudement contesté, il n'est pas anormal de voir des ordonnances - qui sont souvent des ententes conclues grâce à la médiation - formulées comme suit :

> Pierre aura accès aux enfants Marie et Jacques comme suit : une fin de semaine sur deux, de 17 heures le vendredi jusqu'à 17 heures le dimanche; pendant une semaine durant ses vacances annuelles, à condition d'aviser leur mère Elisabeth au moins deux semaines avant le début de ses vacances; à compter de 17 heures la veille de Noel jusqu'à midi le jour de Noel; à l'anniverssaire de Marie et Jacques, une fois tous les deux ans.

Ainsi que le fait voir le tableau 5.32, ces dispositions ne représentent qu'une minorité de toutes les ordonnances

relatives au droit de visite et de sortie, soit environ 23 p. 100 des divorces. Dans la majorité des cas 64 p. 100), les tribunaux présument apparemment - parfois incorrectement - que les parties elles-mêmes peuvent s'entendre sur les modalités de visite et de sortie ou bien laissent la question du droit de visite et de sortie intentionnellement ouverte et vague, ou encore utilisent des termes tels que accès "raisonnable" ou "libéral". A l'autre extrême, le droit de visite et de sortie n'a été refusé que dans 1,1 p. 100 des cas, bien que dans 12 p. 100 des cas, l'intention des tribunaux ne fut pas manifeste, les droits de visite et de sortie du parent qui n'a pas obtenu la garde n'ayant pas été mentionnés dans l'ordonnance. Nous pensons qu'il s'agit ici de cas où l'adresse du mari est inconnue ou, du moins, de cas où le mari n'a plus de contact avec son ex-femme et ses enfants.

Tableau 5.32

Répartition des ordonnances relatives à l'accès

Genre d'ordonnace	Pourcentage
Arrangement précis	22,5
Ouvert/vague	14,1
Accès raisonnable/libéral	49,8
Dispositions non précisées	12,4
Accès refusé	1,1

Le temps alloué au parent qui n'a pas obtenu la garde était précisé dans environ 28 p. 100 des cas. Dans les deux tiers des cas, le règlement de cette question est laissé aux soins des deux parents. Dans moins de 1 p. 100 des cas, les tribunaux avaient imposé un accès surveillé et dans 5 p. 100 des cas environ, la nature et l'étendue du droit de visite et de sortie étaient énoncées dans des termes extrêmement spécifiques.

Les probabilités que les couples aient précisé des dispositions de visite et de sortie dans leur règlement sont plus grandes lorsqu'ils ont eu recours à la médiation. Dans environ 46 p. 100 de ces cas, l'accès aux enfants est prévu en termes assez spécifiques, alors que ce n'est le cas que dans environ un cinquième des cas n'ayant pas fait l'objet d'une médiation. Il ne faut sans doute pas trop s'étonner de cette différence, étant donné que les couples qui s'adressent à un médiateur sont ceux qui sont en conflit au sujet des questions qu'ils doivent régler, en particulier celles liées à l'accès aux enfants et au rôle parental. La médiation a donc pour résultat d'exprimer plus clairement ce que l'on entend par "accès" ou "droit de visite et de sortie". Par exemple, les archives de tribunaux que nous avons analysées mentionnent plus fréquemment des fins de semaine et des dates de vacances spécifiques lorsque le cas a fait l'objet d'une médiation que lorsque le couple n'a pas eu recours à ce service (39 p. 100 par rapport à 17 p. 100). Et bien que le nombre de cas soit faible (36 en tout), l'accès a été défini en termes extrêmement précis dans 11 p. 100 des cas ayant fait l'objet d'une médiation, mais seulement dans 5 p. 100 les autres cas.

Il est donc clair que, dans la majorité des cas, les tribunaux préfèrent ne pas imposer de lignes de conduite aux couples en instance de divorce ou de séparation, mais qu'ils leur permettent d'arriver à une entente selon les méthodes qui leur conviennent le mieux. Lorsqu'on parle d'accès "libéral" ou "raisonnable", on entend favoriser ainsi des relations agréables et constantes entre parents et enfants.

Les clients nous ont cependant dit que, pour certains, ces termes peuvent signifier plusieurs choses tandis que pour d'autres ils sont totalement dénués de sens. Nous leur avons demandé ce que signifie l'expression "accès libéral ou raisonnable" et nous avons reçu une diversité de réponses.

(voir tableau 5.33) Il y a deux différences notables entre les réponses des hommes et celles des femmes. En premier lieu, environ 15 p. 100 des femmes l'interprètent comme donnant entière licence à leur ex-mari de venir voir les enfants ou de les prendre quand bon lui semble, ce qui leur apparaît un aspect négatif. Les ex-maris, eux, ont fait cette réponse deux fois moins souvent, et ils semblent estimer que ces qualificatifs ("libéral ou raisonnable") confèrent un caractère positif aux ordonnances de garde. En second lieu, la notion d'accès libéral ou raisonnable semble considérablement plus confuse et vague dans l'esprit des hommes que dans celui des femmes (46,7 p. 100 comparativement à 30,4 p. 100). Cependant, bien qu'environ 38 p. 100 semblent voir d'un bon oeil ce type de dispositions, en ce sens que l'État ne s'ingère pas dans leurs relations avec leurs enfants, environ 30 p. 100 n'ont pas semblé savoir ce que signifiait une telle ordonnance. En bref, bien que le terme "raisonnable" soit utile et plein de sens dans le cadre de la loi, il a peu de sens dans le cadre de la vie quotidienne des gens. A cet égard, nous n'avons pas relevé de différences systématiques ou appréciables entre les cas ayant fait l'objet d'une médiation et ceux qui n'en avaient pas fait l'objet.

Tableau 5.33

Signification de l'expression accès libéral ou raisonnable

Signification	Femmes	Maris	Maris et femmes
Fins de semaine	11,9	10,0	11,6
A l'occasion	2,4	--	2,0
Deux fois par semaine	1,8	3,3	2,0
Non-ingérence dans la vie	24,4	20,0	23,7
Dépend du couple	14,3	13,3	14,1
Peut se présenter à son gré	14,9	6,7	13,6
Incertain/aucune idée	30,4	46,7	32,8

La réalité de l'accès

Comme nous l'avons noté précédemment, ce n'est que dans 1 p. 100 environ des cas qu'on a refusé le droit de visite ou de sortie au parent qui n'avait pas la garde. Il ressort cependant de nos entrevues avec les clients que dans 11 p. 100 environ des cas où la garde exclusive avait été attribuée à la mère, le père n'avait, en fait, aucun droit de visite et de sortie des enfants. Cet état de choses nous a été expliqué de diverses façons, notamment par l'omission de verser l'allocation d'entretien (22 p. 100), le déménagement du père (30 p. 100), le manque d'intérêt de la part du père dans les relations suivies avec ses enfants (55 p. 100), le désir des enfants de ne pas voir leur père (20 p. 100).[77]

Lorsque les pères jouissent de droits de visite et de sortie, la fréquence des contacts varie considérablement (tableau 5.34); dans la majorité des cas, les hommes ont accès à leurs enfants une ou deux fois par semaine. Néanmoins, il semble qu'environ le tiers des pères ont peu ou pas de contact avec leurs enfants. Lorsque les femmes n'ont pas la garde, la différence principale réside dans le fait qu'un peu plus du quart des femmes n'ont presque aucun contact avec leurs enfants. Cela semble refléter les circonstances dans lesquelles certaines femmes ont complètement abandonné la parentalité et ont littéralement transféré leurs obligations à leurs ex-maris.

Enfin, d'après les femmes interrogées qui ont obtenu la garde exclusive de leurs enfants dans 38 p. 100 environ des cas, les arrangements étaient différents de ce qui avait été spécifié ou convenu à l'origine. Ici, dans un grand nombre de cas, il était impossible aux gens de répondre parce qu'ils n'étaient pas sûrs des arrangements pris. Lorsque ces arrangements sont connus, le changement important réside dans le fait que le père n'exerce pas ses droits d'accès ou ses obligations (18,4 p. 100) ou voit ses

enfants moins souvent que le tribunal ne l'a ordonné (43 p. 100). Dans un cinquième des cas environ, les pères voient leurs enfants plus souvent que ce qui a été ordonné par le tribunal. Par ailleurs, les hommes à qui la garde a été accordée ont indiqué que dans le cas de différence avec ce qui a été ordonné (37 p. 100), leurs ex-femmes, dans environ 58 p. 100 des cas, voient les enfants moins souvent que le tribunal ne l'avait ordonné.

Tableau 5.34

Fréquence des contacts entre les enfants avec le parent qui n'a pas la garde, selon le sexe

Fréquence des contacts	Mère a la garde	Père a la garde
Moins d'un jour par semaine	19,0	16,4
1 ou 2 jours par semaine	34,9	24,6
3 ou 4 jours par semaine	9,5	6,6
Chaque jour	2,8	4,9
Rarement ou jamais	12,8	26,2
Autre	22,1	22,3

Pour résumer brièvement, tout porte à croire que sous le régime de l'ancienne loi, les juges étaient déjà portés à imposer ou à accepter des arrangements relatifs au droit de visite et de sortie qui favorisaient les contacts avec les deux parents, le tout en fonction du plus grand intérêt des enfants en question. Ce faisant, ils ont laissé entre les mains des parents divorcés le soin de déterminer ce qui est meilleur pour les enfants. Si bien intentionnée que soit cette attitude, il n'en demeure pas moins qu'une minorité importante de gens ne comprend pas bien le sens de cette démarche. Les données qualitatives recueillies au cours des entrevues avec les clients et des discussions avec les médiateurs rattachés aux tribunaux laissent entendre que les arrangements ouverts et vagues peuvent parfois précipiter des conflits entre les parents et provoquer l'anxiété en ce qui concerne le meilleur arrangement qui minimisera l'effet du divorce sur les enfants.

En d'autres termes, les significations différentes que les gens attachent à la notion d'accès libéral et raisonnable et même l'absence de signification donnent à penser que certaines personnes pourraient bénéficier d'un ensemble de normes plus claires concernant ce qu'on attend d'elles, c'est-à-dire ce qu'est, de l'avis des experts, un degré d'accès raisonnable et déraisonnable, compte tenu des circonstances et des ressources des intéressés. Même s'il ne s'agit pas là d'une fonction propre à un tribunal, celui-ci pourrait encourager les couples en instance de divorce à rencontrer un conseiller ou un médiateur à la suite de l'audience judiciaire. Il est peu probable qu'une quelconque ordonnance relative à l'accès ou un quelconque counseling après le divorce puisse obliger des hommes désintéressés ou aigris à remplir leurs responsabilités parentales, ou, encore, obliger les femmes hostiles ou qui ont peur de leur ex-époux à leur permettre d'avoir accès aux enfants. Toutefois, il semble bien possible de fournir des services de counseling et de médiation aux couples qui tentent à grand-peine de maximiser les contacts entre les enfants et leurs deux parents.

LE RÔLE PARENTAL ET LA MÉDIATION EN MATIÈRE DE DIVORCE

Les modalités de garde et d'accès nous fournissent une indication des effets de la médiation sur les familles de divorcés et sur les relations possibles entre leurs membres. Outre le fait que les probabilités sont plus grandes que les parents parviennent à une entente de garde conjointe lorsqu'ils ont recours à la médiation, nous ne pouvons pas affirmer que cette entente fait que les pères prennent leur rôle parental plus à coeur. Cependant, l'Étude des entrevues avec les clients a comporté, entre autres éléments importants, une série de questions visant à permettre de percer, quantitativement et qualitativement, la nature des relations entre ex-époux et avec leurs enfants. Bien entendu, nous nous sommes intéressés en

partie au rôle que la médiation peut avoir dans le renforcement des familles de divorcés et, par la suite, dans l'amélioration de la situation des enfants vivant entre des parents divorcés. Cependant, en raison de la taille de l'échantillonnage, nous avons recueilli une base de données inédite dans le domaine des études sur la famille, et qui pourrait nous faire faire un pas de géant dans la connaissance de la situation des familles de divorcés au Canada. Les paragraphes qui suivent n'ont pas la prétention d'examiner ces données en détail, mais donnent plutôt une idée de la situation des familles de divorcés et de la part prise par la médiation dans l'atténuation des conflits entre personnes en instance de divorce ou de séparation.

Relations entre ex-époux

L'examen des entrevues avec les clients et des résumés préparés par les chercheurs chargés de l'Étude des entrevues avec les clients révèle le degré de conflit et d'hostilité qui caractérise parfois les ruptures de mariage. Citons par exemple le cas de cette femme qui revient chez elle, un lundi, et trouve un immense trou dans le jardin à la place du garage qui y était encore le samedi. Son ex-mari l'avait enlevé, nul ne sait comment. Sans doute que la maison, les meubles et les enfants lui importaient peu, mais qu'il tenait beaucoup à son garage. Il y a aussi le cas de cette femme qui avait peur chaque fois qu'un hélicoptère survolait sa maison : son ex-mari, pilote d'hélicoptère, l'avait paraît-il menacée de laisser tomber une bombe sur elle et sur sa maison pendant un de ses vols.

Ce sont là des cas extrêmes. Ce serait faire preuve de naïveté que de croire que les personnes qui mettent fin à leur union sont très satisfaites de leur ex-conjoint mais, dans l'ensemble, nous n'avons pas relevé le type de conflit dont il est question dans les études effectuées aux États-Unis (voir la deuxième partie). Ce que nous retenons dans l'ensemble des

données tirées des entrevues et des résumés qualitatifs de ces données effectués par les chercheurs est qu'on n'a relevé des preuves de conflit et d'hostilité entre les ex-époux que dans un cinquième des cas tout au plus. Il faut reconnaître que dans 20 p. 100 des cas, les ex-époux sont indifférents l'un à l'autre ou bien ils ne communiquent plus parce que l'un des deux -- le mari, en général -- a disparu. Ce faible degré de conflit est corroboré par la description que les gens font de leurs relations avec leur ex-conjoint (tableau 5.35)

Tableau 5.35

Relations actuelles des ex-conjoints
par sexe, en cas de médiation et en l'absence de médiation

Relations	Femmes		Hommes	
	Méd.	Sans méd.	Méd.	Sans méd.
Amicales	20	22	18	21
Cordiales	11	14	9	15
Style "d'affaires"	7	9	10	10
Distantes	12	19	3	20
Tendues	7	6	7	5
Hostiles	10	9	16	14
Variables	15	12	18	9
Divers	18	10	20	6

Environ 43 p. 100 des hommes et 52 p. 100 des femmes disent avoir avec leur ex-conjoint des relations amicales, cordiales ou, du moins, du style d'affaires, pour ce qui est des questions touchant leurs enfants. Par contraste, environ 21 p. 100 des hommes et 16 p. 100 des femmes déclarent que leurs relations sont tendues et empreintes d'hostilité. La médiation ne semble pas non plus avoir d'effet sur la tangente que ces relations prennent. Au total, environ 47 p. 100 des hommes et des femmes qui n'ont pas eu recours à la médiation disent que leurs relations sont amicales, cordiales ou du type d'affaires, comparativement à environ 37 p. 100 des personnes qui ont eu

recours à la médiation. Ici encore, nous devons garder à l'esprit que ceux qui ont décidé de recourir à la médiation étaient parfois ceux qui avaient au départ les plus grands conflits.

A titre quelque peu spéculatoire, nous avons présenté aux clients interrogés une liste des problèmes auxquels les couples séparés ou divorcés risquent d'être confrontés en ce qui a trait à l'accès et au rôle parental. Nous fournissons au tableau 5.36 des résultats distincts, pour les cas avec médiation et ceux sans médiation, pour les hommes et les femmes. Il en ressort que seule une minorité d'environ 13,4 p. 100 d'hommes et de 19,7 de femmes ont déclaré avoir ce type de problème. La plainte exprimée le plus souvent par les femmes est que le père n'exerce pas son droit de visite tel que prévu. Les hommes, eux, se plaignent principalement du fait que leur ex-femme les dénigre auprès de leurs enfants. Il y a quelques différences, peu substantielles, entre les clients ayant eu recours à la médiation et ceux qui n'y ont pas eu recours. Les femmes ont eu tendance à appliquer à leur cas 9 des 13 énoncés. Le résultat net est que les femmes qui ont eu recours à la médiation ont légèrement plus tendance à percevoir des problèmes de cet ordre que celles qui ont fait appel aux tribunaux pour trancher leur litige : la différence est d'environ 3 p. 100. On retrouve les mêmes différences caractéristiques entre les hommes qui ont eu recours à la médiation et ceux qui n'y ont pas eu recours. Un plus grand nombre d'hommes ayant eu recours à la médiation que d'hommes n'y ayant pas eu recours ont désigné 9 des 13 énoncés comme étant un problème dans leurs relations après le divorce. Le résultat est une différence moyenne d'environ 4 p. 100 entre les 13 énoncés.

Tableau 5.36

Problèmes que les hommes et les femmes ont déclaré avoir au sujet de l'accès aux enfants et du rôle parental de l'ex-conjoint pour les cas de médiation et de non-médiation

Problème	Femmes		Hommes	
	Méd.	Sans méd.	Méd.	Sans méd.
Les enfants n'aiment pas passer du temps avec le parent qui n'a pas la garde	22	16	15	12
Votre ex-conjoint vous dénigre auprès de vos enfants	28	29	35	24
La personne avec laquelle votre ex-conjoint vit actuellement dit du mal de vous à vos enfants	8	9	12	5
Ils s'alimentent mal	20	15	15	10
Les soins médicaux ne sont pas convenables	10	6	11	9
L'ex-conjoint frappe les enfants	7	3	6	4
L'ex-conjoint consomme trop de drogues et/ou d'alcool en présence des enfants	19	21	11	9
L'ex-conjoint insulte verbalement les enfants	20	17	15	12
L'ex-conjoint a une préférence pour un des enfants	41	29	17	17
L'ex-conjoint achète trop de cadeaux aux enfants	19	18	16	10
L'ex-conjoint ne vient pas chercher et ne ramène pas les enfants à l'heure prévue	31	27	19	9
Les enfants ne sont pas prêts quand on vient les chercher	12	8	22	18
L'ex-conjoint ne respecte pas toujours ses promesses de visite	33	35	14	15

Pour la plupart des énoncés, les différences entre le groupe ayant eu recours à la médiation et celui qui n'y a pas eu recours ne sont pas grandes et on peut conclure, toutefois avec prudence, que les ex-époux qui ont eu recours à la médiation risquent tout autant que ceux qui ont eu recours au processus judiciaire d'avoir des difficultés après leur divorce. Il est intéressant de noter, au tableau 5.37, qu'à une ou deux exceptions près, les femmes et les hommes ne semblent pas avoir, en matière d'accès aux enfants et de rôle parental, les types de difficultés auxquels nous nous attendions.

Plus par fantaisie que dans un esprit méthodologique, nous avons demandé à nos clients de se donner une note entre 1 et 10 sur leurs aptitudes en tant que parent, et d'en faire autant pour leur ex-conjoint. Bien que nous ne donnions pas à ces résultats plus d'importance qu'il ne convient, il est intéressant de noter que les femmes se sont données en moyenne une note légèrement supérieure à 8, tandis que les hommes se sont donnés juste un peu plus de 5 sur 10. Les femmes appartenant au groupe ayant eu recours à la médiation semblent tenir leur ex-mari en meilleure estime, en tant que parent, que celles n'ayant pas eu recours à la médiation (5,7 par rapport à 4,8). Les hommes, en moyenne, se sont donnés, à eux-mêmes ainsi qu'à leur ex-femme, un peu plus de 7 sur 10 et, comme dans le cas des femmes, les hommes appartenant au groupe ayant eu recours à la médiation ont, de leur ex-femme, une opinion un peu meilleure que celle que des hommes qui n'ont pas eu recours à la médiation.

LA MÉDIATION ET LE PROCESSUS JUDICIAIRE

La représentation en justice

Les données tirées des entrevues avec les clients indiquent qu'environ 70 p. 100 de ceux-ci ont été représentés par un avocat du secteur privé, et environ 18 p. 100 par un avocat de l'aide

juridique. Comme on pouvait le prévoir, les probabilités que les femmes aient droit à l'aide juridique ou qu'elles s'en prévalent sont plus fortes que dans le cas des hommes (25 p. 100 par rapport à 10 p. 100). Environ 2 p. 100 des femmes et 3 p. 100 des hommes ne se sont pas fait représenter par un avocat. Il est particulièrement intéressant de noter que dans le cas des actions non contentieuses, un grand nombre d'intimés (60,3 p. 100) ne se présentent pas en cour ou ne répondent pas à la requête en divorce. Une ventilation plus poussée, par sexe des requérants, ne fait ressortir qu'une faible différence entre les deux, excepté que les femmes requérantes sont en général deux fois plus nombreuses que les hommes à se faire représenter par un avocat de l'aide juridique (8,4 p. 100 par rapport à 4,1 p. 100, pour toutes les actions en divorce).

Il existe de légères différences, peu importantes cependant, entre les cas ayant fait l'objet d'une médiation et ceux qui n'en ont pas fait l'objet, pour ce qui est de la représentation en justice (tableau 5.37), et tant les hommes que les femmes ont eu un peu plus tendance à engager un avocat du secteur privé qu'un avocat de l'aide juridique, sans doute parce que leur situation financière le permettait. La catégorie "Avocat conjoint" oblige à certaines explications. Tel est surtout le cas à Montréal où, selon les clients, les deux époux ont pris le même avocat et, dans certains cas, ont partagé les honoraires entre eux. Bien que dans la plupart des juridictions une telle pratique puisse sembler incompatible avec la déontologie de la profession, il est apparemment assez courant qu'un avocat représente à la fois les deux parties et cette pratique est d'ailleurs tout à fait légale.

Selon les clients, les honoraires se sont élevés en moyenne à 1 411 $. En moyenne, les hommes ont versé en honoraires environ 315 $ de plus que les femmes, mais ce chiffre tombe à environ 170 $ si nous excluons les causes confiées à un avocat de l'aide juridique, causes confiées le plus souvent par des femmes.

Lorsque le mari et la femme avaient demandé à un avocat exerçant à titre privé de les représenter, les hommes ont estimé que, en moyenne, les honoraires d'actions non contentieuses et d'actions contentieuses s'élevaient respectivement à 1 557 $ et 3 882 $. Par contre, les femmes ont indiqué des honoraires moyens, pour les deux types d'actions en divorce, de 1 484 $ et 3 564 $. Les honoraires moyens sont environ trois fois plus élevés en cas d'action contentieuse que non contentieuse. Dans notre échantillonnage de clients, le montant le plus élevé versé à un avocat a été de 9 000 $. En général, ces chiffres sont très proches de celui de 1 338 $ montant que les avocats ont estimé être leurs honoraires moyens pour un divorce non contentieux, bien que la gamme des honoraires indiqués dans les réponses à notre questionnaire expédié par la poste varie entre 250 $ et plus de 20 000 $.

Tableau 5.37

Représentation en justice
par sexe
en cas de médiation et en l'absence de médiation

Représentation	Femmes		Hommes	
	Méd.	Sans méd.	Méd.	Sans méd.
Mari et femme	67	71	77	77
Le mari seulement	4	3	4	4
La femme seulement	15	15	7	8
Ni l'un ni l'autre	4	5	3	5
Avocat conjoint	8	3	6	4

Les frais de justice et la médiation

Un des avantages que l'on prête à la médiation est qu'elle réduit les frais de justice qu'entraîne la séparation et le divorce des couples. Cependant, nos données ne corroborent pas cette assertion. Dans notre échantillonnage, les femmes qui ont eu recours à la médiation estiment que les frais de justice qu'elles ont eu à payer s'élevaient en moyenne à 1 599 $, comparativement à 1 214 $ pour celles qui n'ont pas eu recours à

la médiation, soit une différence de 385 $. Les hommes appartenant au groupe ayant eu recours à la médiation estiment que les frais de justice qu'ils ont eu à payer étaient en moyenne de 508 $ supérieurs à ceux payés par les hommes appartenant au groupe n'ayant pas eu recours à la médiation (2 019 $ et 1 511 $ respectivement).

On peut faire valoir que si les clients n'avaient pas eu recours à la médiation, les frais de justice qu'ils auraient eu à payer auraient été encore plus élevés. Les personnes qui ont recours à la médiation ont généralement divers points de litige et il leur coûterait cher de les soumettre aux tribunaux. Cependant, les diverses ventilations de nos données ne nous permettent pas de tirer une telle conclusion. Par exemple, en général, les clients nous ont dit que lorsqu'il n'y avait pas eu de litige à régler, les frais de justice s'étaient élevés à 658 $, tandis qu'ils s'étaient élevés en moyenne à 1 758 $ lorsqu'il y avait eu au moins un ou deux points de litige à régler. Les personnes qui n'avaient pas eu de litiges à régler, mais qui avaient cependant eu recours à la médiation estiment que les frais de justice qu'elles ont dû acquitter se sont élevés à 937 $, alors qu'ils étaient en moyenne de 627 $ pour celles qui n'ont pas eu recours à la médiation. Lorsqu'il y avait des points de litige, le groupe de ceux qui ont eu recours à la médiation estiment les frais de justice à 2 071 $, tandis que ceux qui n'y ont pas eu recours les estiment à 1 582 $, soit une différence de 489 $. Comme le fait voir le tableau 5.38, lorsqu'on ventile les frais de justice entre ce que les clients ont estimé être une action contentieuse ou non, ils sont encore plus élevés pour ceux qui ont eu recours à la médiation.

Tableau 5.38

Moyenne estimée des frais de justice pour les causes avec ou sans contestation en cas de médiation et en l'absence de médiation

Type d'action	Montant estimé des frais de justice
Action contentieuse :	3 156 $
Avec médiation	3 305
Sans médiation	3 024
Action non contentieuse	1 128
Avec médiation	1 315
Sans médiation	1 034

Répercussions de la médiation sur le processus judiciaire

Nous avons vu que, au Canada, la majorité des données tendent à prouver que seulement environ 5 p. 100 des actions font réellement l'objet d'une contestation au moment de l'audience, mais ce sont bien sûr celles qui mobilisent le plus les tribunaux de la famille et qui coûtent le plus en temps et en énergie. On s'attendait à ce que la médiation diminue le nombre des actions contentieuses et permette d'entendre plus rapidement, et donc plus économiquement, les causes relevant du droit de la famille. On espérait de plus que les changements de procédures et de principes qui ont accompagné l'adoption de la Loi sur le divorce de 1985 entraîneraient également le recours à des méthodes moins antagonistes dans les tribunaux de la famille. Au cours de la présente recherche, nous avons recueilli un nombre considérable de données de base qui seront utiles pour évaluer ultérieurement la nouvelle loi sur le divorce. Ici, nous nous penchons principalement sur la question de savoir si le recours à la médiation pour parvenir à un règlement a des répercussions sur la somme de travail des tribunaux et si elle permet de réduire l'attente actuellement imposée aux couples en instance de divorce ou de séparation.

Quel qu'ait été le cas à l'origine, la majorité des instances de divorce et de séparation étaient devenues, au moment de l'audience, des affaires que l'on pourrait dire de routine. S'il y a conflits et litiges, ils ont le plus souvent lieu avant l'audience. Nous avons représenté à outrance les actions contentieuses et nous devrions donc arriver à des résultats qui exagèrent le degré de litige. Cependant, même si notre attention s'est trop portée sur les actions contentieuses, les quatre chercheurs, après avoir étudié les archives des tribunaux et avoir noté les requêtes, les réponses du défendeur, les contre-requêtes, les ordonnances provisoires etc., ont tout de même pu déterminer environ 10 p. 100 d'actions contentieuses ou très contentieuses, et 15 p. 100 de causes "légèrement contentieuses". Autrement dit, les trois quarts des actions avaient perdu leur caractère contentieux au moment de l'audience. Les souvenirs que les clients ont de la durée de l'audience concordent avec l'évaluation de nos chercheurs (tableau 5.39). Pour la plupart d'entre eux (61 p. 100), l'audience a duré moins d'une heure et 22 p. 100 (en majorité à Ottawa) n'ont jamais comparu en cour. Seulement environ 8 p. 100 des actions ont fait l'objet de débats pendant une journée ou plus.

Tableau 5.39

Durée des audiences des causes
en cas de médiation et en l'absence de médiation

Durée	Type d'action		
	Avec méd.	Sans méd.	Total
Moins de 15 minutes	54	37	41
Une heure au plus	23	19	20
Une demi-journée au plus	9	5	6
Une journée entière	7	3	1
Plusieurs jours	5	9	7
Par déclaration écrite sous serment	8	27	22

L'audience des personnes qui ont eu recours à la médiation a, en général, été plus courte que celle des personnes n'y ayant pas eu recours : 77 p. 100 des clients ayant eu recours à la médiation, comparativement à 56 p. 100 n'y ayant pas eu recours ont déclaré que leur cause a été entendue en moins d'une heure. Quant aux clients qui ont comparu, 36 p. 100 de ceux qui ont eu recours à la médiation et 31 p. 100 de ceux qui n'y ont pas eu recours ont comparu devant les tribunaux plusieurs fois.

Période d'attente entre le dépôt de la requête et le jugement irrévocable

Les avis annonçant la Loi sur le divorce de 1985 publiaient que les nouvelles dispositions relatives aux motifs de divorce donnent aux couples la possibilité d'attendre pendant un an ou, s'ils ont des preuves suffisantes, d'obtenir immédiatement le divorce en invoquant un des indicateurs de rupture de mariage. Étant donné le retard accusé par le rôle de certains tribunaux de la famille au Canada, il y aurait peut-être lieu de définir le terme "immédiatement". Le tableau 5.40 indique la période d'attente totale entre le dépôt des requêtes en divorce et le prononcé du jugement conditionnel. Les durées sont fournies séparément pour chacun des quatre tribunaux à l'étude, étant donné que ceux-ci présentent des différences importantes. Seul le tribunal de Montréal fait exception étant donné qu'au moment de notre enquête il fallait en moyenne plus de deux ans pour régler les actions contentieuses. Vers la fin de l'étape de collecte des données, plusieurs procédures ont été modifiées en vue de réduire le retard accumulé à ce tribunal dont la charge de travail est imposante. Ces modifications ont semblé donner des résultats pendant un certain temps, mais il ressort de récentes discussions avec le personnel du tribunal et les avocats qu'ils ont été de courte durée. A Ottawa, la période d'attente moyenne pour le jugement des actions contentieuses est d'environ 18 mois.

Tableau 5.40

Nombre moyen de semaines écoulées entre le dépôt de la requête et le jugement conditionnel, par territoire d'enquête

Territoire d'enquête	Type d'action	
	contentieuse	non contentieuse
Saskatoon	15,0	17,7
Montréal	25,6	119,6
Ottawa	21,7	76,1
St. John's	16,9	20,7

A l'exception du tribunal de Montréal qui, à bien des égards, se singularise par rapport aux autres, il semble que, au moment de notre enquête, les personnes qui avaient introduit une action sans contestation pouvaient espérer obtenir un jugement conditionnel environ quatre mois et demi après avoir déposé leur requête (18,1 semaines en moyenne). Lorsque l'action était contestée, la durée entre le dépôt et le jugement conditionnel était, en moyenne, d'environ 11 mois (44,7 semaines). Nous ne savons évidemment pas si ces retards sont attribuables au surcroît de travail du tribunal ou aux mesures prises par les avocats.

Il semblerait que les personnes qui ont décidé de recourir à la médiation ont eu à attendre un peu moins longtemps pour obtenir une ordonnance que celles qui n'ont eu recours qu'au processus judiciaire. On peut voir au tableau 5.41 que, à l'exception des instances en séparation en vertu de la législation provinciale, les causes ayant fait l'objet d'une médiation ont été réglées plus rapidement que celles qui n'en ont pas fait l'objet. Bien que les trois territoires d'enquête présentent à cet égard la même caractéristique, la différence est particulièrement notable au tribunal de Montréal. Quel que soit le type d'action, la médiation est le moyen le plus rapide pour obtenir une ordonnance judiciaire : il y a, par exemple, une différence de 7 semaines pour les actions en divorce sans

contestation et une différence de 23 semaines pour les actions avec contestation. En ce qui a trait aux actions en séparation sans contestation et avec contestation, cette différence est respectivement de 4 et de 60 semaines.

Tableau 5.41

Nombre moyen de semaines entre le dépôt de la requête et l'ordonnance judiciaire pour les causes avec et sans médiation (par type de cas)

Type de cas	Avec médiation	Sans médiation	Total
Divorce sans contestation	17,9	19,7	19,4
Divorce avec contestation	69,3	84,9	82,6
Séparation sans contestation	11,7	9,9	10,0
Séparation avec contestation	21,7	39,1	35,7

PERCEPTIONS DES CLIENTS À L'ÉGARD DU PROCESSUS JUDICIAIRE

Au cours de nos entrevues, nous avons tenté de découvrir les sentiments que les personnes ont ressentis au cours du processus de divorce et, en particulier, pendant l'audience. Comme on pouvait s'y attendre, le seul fait de penser à comparaître devant les tribunaux a provoqué chez ces personnes plusieurs réactions. Cependant, comme on peut le voir au tableau 5.42, les femmes ont ressenti davantage d'anxiété que les hommes. Étant donné qu'il était permis de fournir plusieurs réponses à cette question, le total des pourcentages n'égale pas 100. Environ 27 p. 100 des clients ont connu des retards imprévus et 17 p. 100 ont déclaré que leur cause avait subi des retards prévus. Ces retards ont eu principalement pour effet de prolonger les sentiments de peine, d'anxiété et d'insécurité liés à une rupture de mariage et au divorce qui s'ensuit. Finalement, les quatre cinquièmes des clients auraient préféré une audience à huis clos et un nombre égal préférerait un divorce par déclaration écrite sous serment à une audience officielle.

Tableau 5.42

Sentiments ressentis par les clients au sujet de l'audience en cour

Sentiments	Femmes	Hommes
Assurance	17	36
Certitude d'être prêt	6	11
Détente	4	7
Nervosité	74	47
Peur	35	16
Colère	9	17
Insécurité	14	10
Anxiété	29	22

Le fait que les gens aient eu recours à la médiation ne semble pas avoir eu d'effet appréciable sur leur état de préparation, leur assurance ou leur état de nervosité ou d'anxiété.

Il est difficile de tirer des conclusions sur les répercussions générales de la médiation en matière de divorce sur le processus judiciaire. Nous ne possédons pas de données directes sur le coût relatif des actions ayant fait l'objet d'une médiation comparativement à celles n'en ayant pas fait l'objet, mais nous pensions que la médiation pourrait permettre de réaliser des économies si elle mène à l'obtention de règlements plus rapidement, plus simplement et moins litigieusement que lorsqu'il n'y a pas médiation. Les données recueillies ne nous permettent cependant pas de faire une telle affirmation. Il est certain que, du point de vue des clients, la médiation présente des avantages du fait qu'elle permet de parvenir à une entente plus rapidement. Les clients nous ont dit aussi que l'attente ne fait que prolonger la peine, l'anxiété et l'angoisse, et la plupart d'entre eux espéraient obtenir un règlement rapidement. Lorsqu'il y a des points de litige et qu'ils ne sont pas réglés par la médiation, il faut attendre longtemps pour obtenir un règlement, mais pas aussi longtemps que ceux qui n'ont pas eu recours à la médiation.

Nous possédons peu de preuves que la médiation fait gagner du temps aux tribunaux et, par conséquent, leur évite des frais. Nous avons fait ressortir certaines mesures qui ont directement trait à la question de l'incidence de la médiation sur le processus judiciaire. Nous ne trouvons que des preuves infimes, du point de vue des tribunaux, qu'il y a une différence importante entre les causes ayant fait l'objet d'une médiation et celles qui n'en ont pas fait l'objet. D'autres mesures qui ne sont pas fournies ici, telles que l'évaluation par les chercheurs du degré de litige des causes étudiées, du nombre de requêtes, de demandes reconventionnelles, de contre-requêtes, etc. -- qui sont caractéristiques d'une action complexe -- ne varient pas beaucoup, que les actions aient fait l'objet ou non d'une médiation.

En bref, la médiation n'empire pas les choses, mais nos données ne nous permettent pas d'affirmer que la charge de travail des tribunaux que nous avons étudiés serait considérablement allégée si davantage de causes faisaient l'objet d'une médiation. Il faut bien reconnaître aussi que seulement environ 3 p. 100 des instances dont ces tribunaux sont saisis font l'objet d'une médiation avant le prononcé du jugement final devant les tribunaux. Donc, même si l'étude des deux types de cas nous avait permis d'observer des différences plus marquées, il est évident qu'en raison du manque actuel de personnel, il ne faut pas s'attendre à ce que les services de médiation aient des répercussions importantes sur le coût des instances touchant au droit de la famille ni à ce qu'ils contribuent beaucoup à amenuiser le retard chronique accumulé par la plupart des tribunaux de la famille au Canada.

Cette partie de notre rapport est beaucoup plus longue que prévu et nous comprendrons que nos lecteurs se sentent noyés par ce flot d'informations. Dans la dernière partie, nous tentons de regrouper nos résultats et de formuler des commentaires sur ce

qu'ils signifient au regard de l'efficacité de la médiation en matière de divorce.

PARTIE VI : RÉSUMÉ ET CONCLUSIONS

GÉNÉRALITÉS

Après avoir étudié de manière approfondie la recherche existante sur la médiation en matière de divorce, Kenneth Kressel, "étudiant enthousiaste de la médiation", a été forcé de conclure qu'elle est "un effet de l'influence sociale et que son efficacité n'est pas intrinsèquement supérieure aux autres méthodes visant à résoudre les conflits. Comme les autres méthodes, la médiation a ses avantages et ses inconvénients." Les résultats de notre étude nous permettent d'être davantage catégoriques quant aux avantages de la médiation en matière de divorce sur le processus judiciaire traditionnel. Nous ne voulons cependant pas, et ce au moins pour trois raisons, contester l'opinion que Kressel s'est faite en se fondant sur les résultats de recherches publiées jusqu'ici. En premier lieu, bien qu'il soit possible de montrer certaines différences entre l'issue des actions ayant fait l'objet d'une médiation et celle qui n'en ont pas fait l'objet, les données ne sont pas toujours en faveur de la médiation. En second lieu, nous reconnaissons que c'est là une question d'opinion; nous avons vu que ces deux méthodes de règlement des litiges donnent des résultats fort peu différents. Enfin, pour un grand nombre de mesures, nous ne trouvons que peu de différences -- sinon aucune -- entre les actions ayant fait l'objet d'une médiation et celles qui n'en ont pas fait l'objet, au point que la conclusion prudente est que notre hypothèse de travail n'est pas vérifiée, car il n'y a pas de différence importante entre le groupe "expérimental" et le groupe "témoin".

Il n'est guère agréable pour un chercheur de parvenir à une telle conclusion. Il est beaucoup plus facile de rédiger un rapport menant à la conclusion indubitable que l'objet de l'étude -- en l'occurrence la médiation en matière de divorce -- donne de

meilleurs résultats que les méthodes traditionnelles. D'autre part, cela nous aurait sans doute donné bonne presse de pouvoir affirmer que la nouvelle méthode étudiée empire la situation des gens, que tous les effets néfastes dont on l'accusait existent réellement, à savoir que les femmes s'en tirent moins bien, que les droits de la personne ne sont pas protégés, que les avocats estiment que leur rôle en souffre, etc. Non seulement des preuves non concluantes risquent de rendre notre rapport ennuyeux à lire, mais qui plus est, elles ne nous font bien voir ni des médiateurs, qui souhaitent être soutenus et voir leur rôle justifié, ni des détracteurs de cette méthode qui pensent, par exemple, que les femmes sont mieux protégées par le système contradictoire.

Il faut bien reconnaître que partisans et détracteurs de la médiation en matière de divorce ont souvent lancé des affirmations extravagantes, à caractère polémique, et il serait naïf de croire qu'une étude de la question peut révéler des différences d'une ampleur telle que l'un des deux groupes puisse les faire jouer en sa faveur. Non seulement les partisans de la médiation en matière de divorce ont accordé trop d'importance à cette méthode, mais ils ont aussi exagéré les défauts du processus contradictoire. Par exemple, il est assez facile de faire ressortir les conséquences désastreuses que les actions fortement contestées ont pour les parties, en particulier lorsque la garde des enfants est en litige, et de conclure qu'il doit y avoir "de meilleurs moyens". Bien entendu, tous les couples qui mettent fin à leur mariage ne s'engagent pas dans de tels disputes. Actuellement, peu de choses permettent de croire que la médiation en matière de divorce est une panacée; il faut plutôt admettre que nombre de couples n'ont pas voulu recourir à la médiation parce qu'il y avait entre eux trop d'hostilité. Bien que le "taux de succès" de la médiation soit appréciable, puisqu'elle donne de bons résultants dans la moitié à deux tiers des cas, entre 25 et 30 p. cent des couples ont cependant encore

besoin de recourir aux tribunaux pour parvenir à un règlement ou de demander à un avocat d'intervenir en ce sens, apparemment en dernière minute.

Nous ne devons donc pas nous attendre à ce qu'il y ait des différences marquées entre les deux méthodes en particulier, comme nous l'indiquons ci-dessous, lorsque médiateurs et avocats ont leur part de causes "contestées" et de causes "simples". Nous pouvons également conclure que cela tient en partie au fait que s'il y a eu un conflit d'opinion gigantesque entre avocats et médiateurs, l'opinion de ceux qui oeuvrent dans le domaine du droit de la famille -- juges, avocats et médiateurs -- s'est modifiée et qu'ils tendent maintenant davantage à encourager le recours à des méthodes moins contradictoires.

Dès le début de cette étude, nous avons considéré avec un certain scepticisme les allégations de ceux qui craignent que la médiation en matière de divorce ait des effets néfastes. Les détracteurs de cette méthode n'ont évidemment pas soutenu que les couples devraient toujours régler leurs différends devant les tribunaux. En fait, le seul argument que nous ayons jamais entendu en faveur du règlement judiciaire des litiges familiaux (à l'exclusion du partage des biens) est que certaines personnes ont "besoin de pouvoir témoigner en cour", de "plaider leur cause", et autres clichés du genre. Comme pour beaucoup d'autres clichés, cet argument comporte sans doute une part de vérité, valable pour certaines personnes et pour certains cas, mais il faut bien remarquer que cet argument était avancé plus fréquemment il y a cinq ans que maintenant. Si la médiation a été critiquée, ce n'est pas à cause des objectifs qu'elle vise, mais plutôt en raison de supposées conséquences involontaires qui sont le produit de l'ensemble de la société, en particulier le fait que les femmes, qui sont opprimées et démunies au sein d'une famille, se retrouvent dans la même situation après avoir pris la décision de mettre fin à leur union. Ces assertions semblent

être de nature spéculative, sans fondements solides. La situation est à peu près la même en ce qui concerne les conséquences qu'a l'accroissement du recours à la médiation sur la profession d'avocat. Elles semblent avoir été -- et être encore -- des préoccupations fondées sur des cas spécifiques plutôt que sur une étude systématique de la nature des règlements obtenus par médiation.

En bref, ne pas parvenir à réfuter, du moins en partie, les arguments en faveur d'une thèse ou de l'autre n'est pas une façon désastreuse de terminer un rapport. Comme nous le verrons, dans bien des domaines la médiation en matière de divorce conduit à des résultats aussi satisfaisants -- sinon meilleurs -- que le processus purement judiciaire, ce qui prouve que les principales critiques formulées ne sont pas fondées.

RÉSUMÉ DES RÉSULTATS

Cette étude s'appuie sur trois évaluations sommatives : celle du processus, celle des résultats et celle des répercussions sociales. Chacune d'elles est à l'origine d'un certain nombre de secteurs d'enquête plus précis qui ont à leur tour soulevé des interrogations précises. Certaines étaient d'ordre spéculatif et, comme cela s'est révélé, toutes ne valaient pas la peine d'être posées ou ne pouvaient pas être abordées dans le cadre de ce projet. Il faut également noter que bien que cette recherche ait principalement porté sur l'évaluation des services de médiation offerts par les tribunaux et la médiation en général, nous avons étudié cette méthode en visant un objectif de recherche plus général qui consistait à recueillir et à analyser des données de base sur la garde, le droit de visite et de sortie et les mesures d'allocation d'entretien immédiatement avant l'adoption de la Loi sur le divorce de 1985. La discussion des résultats et la présentation des données relatives à chacun de ces domaines a occupé une place considérable dans ce rapport et

a, à certains moments, éclipsé la question de la médiation. Cela tient en partie au fait que seulement trois pour cent environ des causes dont sont saisis les tribunaux de la famille font l'objet d'une médiation ou de counseling. Il faut noter également que, bien souvent, il n'y a que peu de différence, sinon aucune, entre ces quelques cas et l'échantillonnage général de couples en instance de séparation ou de divorce.

Questions relatives aux conséquences sociales

En résumé, nous commençons par nous pencher sur ce que nous avons appelé des questions de répercussions sociales, à savoir les conséquences involontaires que l'on prête à la médiation en matière de divorce. Tel qu'indiqué dans le projet initial, ces questions se rangent dans trois catégories distinctes : a) les répercussions sur la préservation de la famille et du mariage; b) les répercussions sur la situation des femmes (et des enfants) et c) les répercussions sur le milieu juridique. En résumé, comme nous l'avons déjà dit, la crainte que la médiation en matière de divorce ait des répercussions involontaires néfastes ne repose sur aucun fondement solide.

1) Promotion de la réconciliation

La première catégorie de conséquences involontaires fait sans doute exception : la possibilité que la médiation en matière de divorce n'incite pas les gens à préserver et à maintenir leur union. On avait craint, principalement, que les médiateurs en matière de divorce soient, par principe et en pratique, davantage portés à penser que le divorce est la solution rationnelle pour la plupart des couples qui ont des problèmes matrimoniaux. Notre enquête sur les médiateurs et les discussions approfondies que nous avons eues avec les médiateurs auprès des tribunaux ne nous portent pas à conclure que les médiateurs penchent davantage en faveur d'une idée que de l'autre. Nous avons vu qu'environ six

pour cent des couples qui ont eu recours à la médiation se sont réconciliés, du moins temporairement. Nos observations révèlent que la question vitale posée à la plupart des couples est de savoir s'ils veulent réellement mettre fin à leur union. Au niveau structurel et administratif, les médiateurs auprès des tribunaux n'offrent pas de services de counseling matrimonial, bien que ce soit parfois l'issue du processus. Les couples qui, de l'avis des médiateurs, n'ont pas vraiment envie de mettre un terme à leur mariage sont généralement orientés vers d'autres organismes. Cependant, comme l'ont indiqué plusieurs médiateurs, même si les gens sont dirigés vers un organisme "de l'autre côté de la rue", plus de la moitié d'entre eux ne font pas l'objet d'un suivi. En outre, dans la plupart des villes -- du moins celles qui font partie de cette étude, -- il y a insuffisance de services de counseling matrimonial, ou encore, il faut attendre longtemps pour obtenir un rendez-vous. Le résultat est que nombre de cas dirigés vers des services distincts des tribunaux reviennent peu de temps après comme cas de médiation. Les médiateurs exerçant à titre privé offrent généralement une plus grande gamme de services et sont, en principe, plus libres de transformer en "counseling en vue d'une réconciliation possible" ce qui avait semblé être un cas de médiation. Il semblerait cependant que peu de couples qui entreprennent des démarches en vue de mettre un terme à leur union soient dissuadés de le faire. L'enchaînement le plus habituel pour les couples consiste à passer du counseling en vue d'une réconciliation possible à la médiation en matière de divorce.

En bref, les mesures et politiques adoptées par les tribunaux sont fondées sur la supposition que les couples veulent mettre un terme à leur union, et cela est vrai la plupart du temps au moment où les couples s'adressent aux services offerts par les tribunaux. Cependant, bien qu'on ne puisse en tenir rigueur aux médiateurs, ces services ne disposent pas de fonds qui leur permettraient d'offrir du counseling en vue d'une réconciliation

possible. Nous pouvons spéculer sur le fait que le changement d'appellation de "counseling en vue d'une réconciliation possible" -- rebaptisée "médiation en matière de divorce" -- a eu pour effet de faire savoir aux couples que cette méthode n'a pas vraiment pour but de sauvegarder leur mariage défaillant. Et, finalement, les couples qui ont décidé de se séparer ne sont généralement pas intéressés par les tentatives que font les médiateurs de leur offrir du counseling en vue d'une réconciliation possible, ou en sont agacés.

2) Les femmes et la médiation

Le deuxième sujet de préoccupation qui entre sous la rubrique des répercussions sociales est que les femmes s'en tirent économiquement moins bien lorsqu'elles ont recours à la médiation pour obtenir un règlement. Cependant, nous avons pu voir que nos données nous mènent à la conclusion opposée : en moyenne, les femmes s'en tirent mieux quand elles ont recours à la médiation pour parvenir à un règlement et cela demeure vrai lorsque nous comparons la situation de personnes ayant un niveau de revenu similaire et qui ont, ou qui n'ont pas, eu recours à la médiation. Bien que ces résultats réfutent l'argument selon lequel les femmes (et les enfants) souffrent, du point de vue économique, des résultats de la médiation, il ne faudrait pas en conclure pour autant que la médiation contribue beaucoup à atténuer les difficultés économiques qu'entraîne une rupture de mariage. Selon le type de cas, nos données indiquent que, en moyenne, les femmes qui ont eu recours à la médiation reçoivent environ 1 200 $ à 1 400 $ de plus par année en allocation d'entretien que celles qui n'y ont pas eu recours, et il faut bien reconnaître que ce montant n'influe pas de façon appréciable sur le nombre de femmes et d'enfants qui, après un divorce ou une séparation, se retrouvent au-dessous du seuil de pauvreté pour diverses tailles de familles.

Bien entendu, ce n'est qu'à Montréal que la médiation peut réellement porter sur les allocation d'entretien. Bien qu'il semble que les femmes de ce territoire s'en tirent mieux que celles ayant eu recours à la médiation dans les autres territoires d'enquête ou que, autrement dit, les hommes de Montréal versent en allocation d'entretien une plus forte proportion de leurs revenus bruts, les différences ne nous semblent pas particulièrement importantes. On constate, plutôt, que les personnes qui ont eu recours à la médiation pour les questions de garde et d'accès parviennent également à des ententes d'allocation d'entretien un peu plus avantageuses que si elles n'avaient pas eu recours à la médiation.

Nous avons vu qu'à Montréal les médiateurs utilisent des tableaux à feuilles mobiles complexes et bien étudiés sur lesquels ils inscrivent le revenu et les dépenses de chaque partie. Néanmoins, les médiateurs ne peuvent pas facilement suggérer un montant d'allocation d'entretien beaucoup plus élevé que celui qui, dans les cas sans médiation, sera ordonné par les tribunaux. Autrement dit, les médiateurs ainsi que les avocats travaillent dans le cadre d'un ensemble de contraintes imposées par les décisions collectives des juges sur ce qui constitue des allocations d'entretien justes et équitables. Le fait que, tant dans les cas avec médiation que dans les cas sans médiation, le montant des allocation d'entretien n'augmente pas en fonction du nombre d'enfants à charge est un indice de ces contraintes. Il semble que les médiateurs n'ont pas plus tendance que les avocats à imposer ou à exiger un niveau d'allocation d'entretien qui garantirait aux enfants de familles nombreuses un traitement égal à celui d'enfants de familles moins nombreuses. Aux contraintes imposées par les tribunaux s'ajoute une contrainte encore plus grande, à savoir "qu'on a seulement l'argent qu'on a". Il en revient à dire que négocier des paiements d'allocation d'entretien plus élevés dans les cas de familles nombreuses ne fait qu'inciter à des défauts de paiement.

Disons donc encore que les femmes s'en tirent mieux lorsqu'elles ont recours à la médiation, que l'allocation d'entretien ait fait ou non l'objet d'une entente dans ce cadre. Il serait cependant irréaliste de supposer que les avantages de la médiation puissent être tels qu'ils compensent les grandes inégalités entre hommes et femmes : le fait que la plupart des femmes, après leur séparation ou leur divorce, se retrouveront démunies, elles et leurs enfants, même si elles ont un emploi.

On se préoccupe également de savoir que de plus en plus de femmes sont menées à accepter contre leur gré un régime de garde conjointe même quand, selon elles, un tel régime est inapproprié ou indésirable parce que le mari a eu un comportement violent envers elles et leurs enfants. Les ouvrages publiés laissent entendre que de tels résultats sont plus probables lorsque la cause a fait l'objet d'une médiation que lorsque la femme est simplement représentée par un avocat. Nous n'avons pas été en mesure de trouver des preuves à l'appui de cette assertion.

Il est vrai que dans tous les territoires d'enquête, et en particulier à Montréal, lorsque les couples parviennent à un règlement par médiation, les probabilités sont plus grandes que la garde des enfants soit partagée entre les parents, souvent même la garde physique, plutôt que de la voir attribuer exclusivement à la mère. Rien ne nous permet cependant d'affirmer que ces décisions ont été imposées aux femmes. Il semble que les hommes sont légèrement plus satisfaits que les femmes des dispositions de garde conjointe, tant dans les cas avec médiation que sans médiation. Nul doute que, comme les faits notés au sujet du rôle parental le révèlent, les hommes pensent qu'ils partagent équitablement le rôle parental mais que, en fait, ils n'assument pas leur pleine part de responsabilités; ce qui est vrai dans des familles intactes le demeure dans les familles de divorcés. Nous pensons donc que les femmes qui

partagent la garde de leurs enfants sont, en fait, leur gardien principal et que, même lorsque la garde physique est partagée, ce sont elles qui prennent la plupart des décisions ordinaires concernant les enfants et s'occupent de choses telles que les rendez-vous chez le médecin et le dentiste, la tenue à porter lors du concert de Noël, etc. Il semble donc que leur degré de satisfaction un peu plus faible à l'égard de la garde conjointe ne tient pas tellement au fait qu'elles ont subi une pression particulière, car la plupart sont pour leurs enfants heureuses de cette forme d'entente, mais plutôt au fait que leur ex-mari n'exerce pas son rôle parental avec autant de sérieux qu'elles le souhaiteraient. Finalement, il faut noter que l'assertion connexe qui veut que les hommes cherchent à obtenir la garde conjointe de leurs enfants pour éviter les paiements d'allocation d'entretien, n'est pas confirmée par nos données. Les hommes qui partagent la garde de leurs enfants font partie de ceux qui font les paiements d'allocation d'entretien les plus élevés.

On se soucie également de la situation des femmes battues et de la façon dont ce sujet est traité dans le cadre de la médiation. On s'inquiète du fait que ce comportement qui, de l'avis de bien des gens, devrait être jugé au criminel, se trouve en fait "décriminalisé" lorsqu'on traite de la question devant les tribunaux de la famille et, en particulier, dans le cadre de la médiation ou du counseling en vue d'une réconciliation possible. Nous devons admettre que cette question nous a échappé en grande partie. Au cours de nos entrevues avec des femmes séparées ou divorcées, nous avons compris que leur ex-mari avait commis des actes violents à leur égard et était, bien souvent, alcoolique. Mais les actions en divorce n'ont pas toujours été fondées sur la cruauté physique ou mentale. Dans les cas de séparation, il n'y avait aucune raison de soulever la question, à moins que la femme veuille porter plainte.

Cependant, nous avons trouvé trop peu de cas appartenant au groupe de ceux ayant eu recours à la médiation pour pouvoir dire jusqu'à quel point les médiateurs consentent à s'occuper de cas où la femme a été brutalisée et comment ils traiteraient ces cas. Les deux études supplémentaires permettent de penser que les avocats hésitent à confier à un médiateur les cas où la femme ou les enfants, ou les deux ont été victimes de sévices, mais que les médiateurs, eux, ne considèrent pas que ce soit là un problème majeur. Nous avons vu que bon nombre d'entre eux ont de l'expérience en protection de la jeunesse et qu'ils semblent plus disposés à considérer que la violence n'est qu'un des multiples problèmes qui accablent les familles ayant de sérieuses difficultés.

Il n'est sans doute par surprenant que nous n'ayons pas trouvé beaucoup de cas de médiation où les sévices corporels étaient en cause. Certaines femmes ont fait savoir clairement que la violence de leur ex-époux rendait impossible toute tentative de médiation. Il convient de noter qu'une minorité importante de clients, parmi ceux des deux sexes que nous avons interrogés, préfèrent invoquer des délits matrimoniaux, en particulier lorsque la femme ou les enfants ont été victimes de sévices. Notre étude ne nous permet aucunement de penser que les femmes battues ont été forcées à avoir recours à la médiation ou à accepter des dispositions de garde et d'accès qui les obligent à rester en contact, elles et leurs enfants, avec l'ex-époux délinquant.

3) Conséquences sur le milieu juridique

Dans le cadre de notre étude, nous nous sommes particulièrement intéressés aux craintes que la médiation suscite chez les juristes au sujet de la protection des droits de la personne et de l'incidence qu'elle pourrait avoir sur leur rôle dans le processus de séparation ou de divorce. Quant à leur

premier souci, disons que les avocats craignent que les intérêts des clients peuvent être compromis si le médiateur, qui n'a habituellement pas de formation en droit, commence à jouer le rôle "d'avocat amateur". Au début de cette étude, l'opinion générale était que les médiateurs ne devraient pas se mêler des questions financières et de partage des biens et qu'ils devraient s'en tenir aux questions de garde et d'accès. On craignait également que le rôle et les obligations des avocats envers leurs clients deviennent moins clairs lorsque la cause faisait l'objet d'une médiation ou qu'on leur remettait un projet d'entente obtenue par médiation. Et, bien entendu, on craignait que la médiation ait des effets néfastes sur les revenus des avocats spécialisés en droit de la famille.

Tout comme dans le cas des autres questions d'incidence sociale, il a été difficile de remonter aux sources précises de ces craintes et nous nous sommes trouvés, une fois de plus, aux prises avec des craintes et des allégations que n'étayaient pas des données précises. Nous pouvons toutefois conclure de nos observations dans les tribunaux, des entrevues avec les avocats spécialisés en droit de la famille, des réponses au questionnaire expédié par la poste et des commentaires des clients, que les relations entre médiateurs et avocats sont relativement bonnes et que l'on craint peu que les médiateurs empiètent sur un territoire qui sort de leur compétence ou qu'ils amènent à des ententes techniquement incorrectes ou inéquitables.

Bien que la plupart des avocats pensent que les médiateurs n'ont pas une formation suffisante en droit de la famille, la majorité de ceux que nous avons interrogés pensent que la médiation devrait porter sur les allocations d'entretien, mais aussi sur la garde et le droit de visite et de sortie. Nous avons eu l'impression que seul un petit nombre d'avocats avaient eu pour clients des personnes ayant eu recours à la médiation et qu'ils pensaient que le rôle de l'avocat devrait consister à

vérifier la légalité du règlement final. Peu nombreux ont été ceux qui y ont vu un problème ou une menace pour leur profession. D'un autre point de vue, les déclarations des médiateurs et des clients nous permettent de penser que les médiateurs usent de grande prudence lorsqu'il s'agit de conseiller aux couples de recourir aux services d'un conseiller juridique. Cela est également vrai à Montréal où un avocat est attaché à ce service. Il semblerait plutôt que la médiation a des répercussions intéressantes sur les revenus des conseillers juridiques. Les personnes qui ont eu recours à la médiation ont eu à payer des frais de justice légèrement plus élevés que celles appartenant à l'échantillonnage général de couples en instance de séparation ou de divorce, et elles étaient aussi susceptibles que les autres d'être représentées en cour par un avocat.

En bref, si des membres du Barreau craignent que la médiation en matière de divorce ait des conséquences néfastes, ils n'ont pas répondu à notre questionnaire ou bien ils n'exercent pas dans les territoires d'enquête choisis pour notre étude. En général, la plupart des avocats que nous avons interrogés et qui ont répondu à notre questionnaire ne sont pas opposés à la médiation bien que, en pratique, peu d'entre eux réfèrent des couples aux médiateurs de leur district, et qu'un nombre encore plus faible envisage de pratiquer la médiation.

Résultats généraux

La discussion qui précède fait ressortir certains résultats de la médiation, particulièrement en ce qui a trait à l'entretien et à la garde. Nous résumons ici les résultats généraux de la médiation, en les classant sous deux catégories : 1) les répercussions de la médiation sur le processus judiciaire et, 2) les répercussions de la médiation sur nos clients et leurs enfants.

1) Répercussions sur le processus judiciaire

Dans ce domaine, nous avons cherché à savoir si la médiation contribue généralement à alléger la somme de travail des tribunaux, si en facilitant des ententes à l'amiable plus durables, elle diminue les frais de justice, et si en incitant à un plus grand respect des ordonnances d'allocation d'entretien, elle entraîne d'autres économies pour l'État.

Les médiateurs et, dans une certaine mesure, les avocats pensent que la médiation ne contribue pas à faire baisser le nombre des actions contestées qui ne sont qu'une minorité et qui mobilisent les tribunaux pendant longtemps. En outre, certains des clients que nous avons interrogés pensent également que s'ils n'avaient pas eu recours à la médiation, leur action aurait été contestée et que l'audience aurait été longue. Nous ne savons pas jusqu'à quel point cette impression est juste. Les archives des tribunaux et les entrevues avec les clients révèlent que de 25 p. 100 à 35 p. 100 des clients qui ont eu recours à la médiation était partie à une action que l'on peut qualifier de contestée. Cela pourrait laisser penser que la majorité des personnes ayant eu recours à la médiation sont parvenues à un règlement qui en revient à un jugement d'accord pour les instances de séparation ou un divorce non contesté. Il est cependant difficile de dire ce qu'il serait advenu de ces actions s'il n'y avait pas eu de médiation; rien ne permet de supposer qu'elles seraient devenues des actions contestées, étant donné que certains des couples qui ont recours à la médiation ne le font que pour mettre la dernière main à une entente ou pour s'assurer que ce qu'ils se proposent de faire est légalement et moralement correct. En bref, nous ne sommes pas convaincus qu'il soit possible de prouver que la médiation réduit le nombre d'actions contestées ou, au moins, qu'elle est plus efficace à cet égard que les tentatives de négociation entre avocats.

Nous n'avons pas non plus été en mesure de prouver que de façon générale la médiation allège la somme de travail des tribunaux et écourte la durée des audiences. La grande majorité des causes ayant fait l'objet de médiation ont été entendues en moins d'une heure, ce qui est vrai également pour les causes n'ayant pas fait l'objet d'une médiation. En fait, ce sont ces causes, dont la plupart sont jugées en moins de 15 minutes, qui pourraient faire (et feront probablement) l'objet d'une déclaration sous serment. D'autre part, on note un légère tendance pour les causes ayant fait l'objet d'une médiation à avoir occupé les tribunaux pendant un ou plusieurs jours et à avoir nécessité plus d'une audition par rapport aux causes n'ayant pas fait l'objet d'une médiation. Il ne faut pas s'en surprendre : si les parties n'ont pas pu parvenir à une entente grâce à la médiation, c'est que leur action était sans doute très contestée et il faut s'attendre à ce qu'elle ait pris beaucoup du temps des tribunaux.

Il est cependant permis de croire que la médiation contribue à diminuer les possibilités que les couples fassent de nouveau appel aux tribunaux pour faire exécuter ou modifier une ordonnance et qu'elle accélère l'obtention d'une entente. Le premier de ces résultats présente des avantages financiers pour les tribunaux. Le deuxième, s'il apporte un soulagement moral aux administrateurs de la cour, se fait sentir surtout chez les clients qui trouvent que l'attente est exaspérante et qu'elle ne fait qu'ajouter à la peine et à l'anxiété qu'entraînent la séparation et le divorce.

Lorsque nous avons procédé au contrôle des causes, trop peu d'entre elles avaient été présentées de nouveau devant les tribunaux de Saskatoon et de St. John's pour que nous puissions conclure que la médiation entraîne des ententes plus durables. Montréal fait encore ici exception parce que l'importance de son tribunal nous a permis de procéder à une analyse comparative. À

court terme, soit de six mois à un an après le prononcé de l'ordonnance, les résultats ont été frappants : moins de quatre pour cent des causes ayant fait l'objet d'une médiation avaient été présentées de nouveau devant les tribunaux pour demander la modification ou l'exécution d'une ordonnance, alors que ce chiffre était de 17 p. 100 pour les causes n'ayant pas fait l'objet d'une médiation. Un examen plus approfondi des causes ayant fait l'objet d'une médiation révèle que dans un ou deux cas, la médiation a eu lieu après le prononcé du divorce parce que le couple était encore en désaccord au sujet de la garde et du droit de visite et de sortie.

L'autre différence importante en ce qui a trait au processus judiciaire est que, quelle que soit leur situation ou, encore, le type d'action intentée, ceux qui ont recours à la médiation obtiennent un règlement plus rapidement que ceux qui n'y ont pas recours. Comme nous l'avons signalé précédemment, le délai entre le dépôt de la requête et le prononcé du jugement ne semble pas avoir de répercussions financières sur les tribunaux étant donné que, peu importe le temps écoulé, l'audience elle-même peut être très courte. Par contre, étant donné que les clients préfèrent obtenir plus rapidement leur jugement, il se peut qu'ils gardent du système judiciaire une opinion plus favorable.

Cela dit, nos données nous portent à conclure que les répercussions de la médiation en matière de divorce sur le processus judiciaire et sur les frais de justice sont assez négligeables. Tel est d'ailleurs particulièrement le cas, compte tenu du nombre très minime de causes qui font l'objet d'une médiation auprès des tribunaux. Nous ne sommes pas non plus convaincus qu'une expansion massive des services de médiation auprès des tribunaux entraînerait pour eux une économie importante de temps et d'argent. Cela ne veut pas dire que la médiation ne permet pas de parvenir efficacement à des règlements à l'amiable, mais plutôt qu'il faut se souvenir que les avocats

spécialisés en droit de la famille sont également efficaces en cette matière. En fait, comme nous l'avons dit dans la quatrième partie du présent rapport, mis à part les avantages que les clients retirent d'avoir obtenu une entente avant l'audience de leur cause, il est plus avantageux pour les avocats de négocier une entente que de s'engager dans un procès. La plupart d'entre eux préféreraient avoir un grand nombre d'actions en divorce non contestées que quelques causes très contestées.

Selon que l'on est porté à être optimiste ou pessimiste, on peut considérer que les ordonnances d'allocation d'entretien étaient assez bien respectées au moment de nos entrevues. D'après les personnes que nous avons interrogées, il n'y avait défaut de paiement que pour environ un quart des ordonnances, tandis que dans environ la moitié des cas, les paiements étaient faits parfois en retard ou irrégulièrement. Si on prend l'ensemble des territoires d'enquête, il ne semble pas qu'il y ait de différence entre les cas avec médiation et sans médiation en ce qui a trait au respect des ordonnances. Ces chiffres globaux ne masquent pas le fait que, à Montréal, les clients qui ont eu recours à la médiation signalent un taux beaucoup plus élevé de respect des ordonnances que ceux qui n'ont pas eu recours à la médiation. Ce résultat est important parce que le service de médiation du tribunal de Montréal est le seul, parmi les trois tribunaux étudiés, qui se charge des questions financières.

2) Répercussions sur les clients et les enfants

Comme tente de le faire comprendre la deuxième partie de ce rapport, le fondement de la médiation en matière de divorce repose principalement sur les possibilités qu'elle offre de permettre aux parties de mieux parvenir à des ententes à l'amiable, de créer des relations plus agréables après le divorce et, par conséquent, de mieux protéger les intérêts des enfants.

La majorité des clients ont été satisfaits des modalités de leur entente et il ne semble pas qu'il ait importé beaucoup que cette entente ait été obtenue par médiation ou non. La plupart des personnes qui ont eu recours à la médiation ont été très satisfaites de leur médiateur et du processus de médiation, et elles recommanderaient cette méthode à d'autres, advenant qu'ils soient dans la même situation. La plupart des clients ont été également satisfaits de leur avocat et des services qu'il leur a fournis. En ce qui a trait à l'audience elle-même, la majorité des clients se souviennent d'avoir été nerveux, inquiets, etc. La médiation ne semble pas avoir contribué à leur ôter une partie de leurs appréhensions ni à mieux les préparer à l'audience.

En ce qui a trait aux ententes concernant le droit de visite et de sortie, les femmes se plaignent principalement que leur ex-mari n'en ait pas respecté parfaitement les termes et que, en général, ils voient leurs enfants moins souvent qu'il n'en avait été convenu ou ordonné par le tribunal. Les hommes qui ont eu recours à la médiation avaient un peu plus tendance à respecter les termes de l'entente et si l'ordonnance avait été modifiée, il semblerait que, dans les cas ayant fait l'objet d'une médiation, c'était pour que le père ait davantage de rapports avec ses enfants. Bien que certaines femmes aient déclaré que leur ex-mari n'avait pas accès aux enfants, nous n'avons pas rencontré d'hommes qui s'étaient vu refuser ce droit par leur femme.

Si l'on considère diverses questions liées au rôle parental et au droit de visite et de sortie, il semble que les hommes ayant eu recours à la médiation ont légèrement plus tendance, du moins plus systématiquement, à participer au rôle parental, en particulier en discutant des points touchant les enfants, en partageant des responsabilités, en versant de sommes en surplus de l'allocation d'entretien, etc. Bien que les hommes aient dit participer davantage au rôle parental que les femmes ne l'ont dit (et il ne s'agissait pas toujours de leur ex-femme), l'idée que

hommes et femmes se font du rôle du père est meilleure parmi ceux qui ont eu recours à la médiation que parmi ceux qui n'y ont pas eu recours. En outre, les femmes ayant eu recours à la médiation ont en général donné une meilleure note à leur ex-mari, en tant que parent, que celles de l'autre groupe.

En général, les couples séparés ou divorcés de notre échantillonnage semblent être moins en conflit que ceux ayant fait l'objet de plusieurs études menées aux États-Unis, et les pères et mères semblent avoir un plus grand sens de leurs responsabilités vis-à-vis de leurs enfants. Il n'y a donc pas de différence frappante entre les couples ayant eu recours à la médiation et ceux qui n'y ont pas eu recours bien que, lorsqu'il y a conflit, elle semble être plus grande chez les premiers que chez les seconds. Cela ne constitue pas nécessairement une condamnation de la médiation en matière de divorce. Nos mesures n'ont décelé de conflit que si les ex-époux étaient suffisamment en rapport l'un avec l'autre pour se disputer au sujet de l'accès aux enfants et du rôle parental. Plus de couples ayant eu recours à la médiation que de couples n'y ayant pas eu recours ont eu à accomplir la tâche difficile qui consiste à définir les modalités d'une entente de garde conjointe et ce sont, en fait, ces couples mêmes qui ont exprimé le plus fort intérêt pour le counseling ou la médiation après le divorce ou la séparation.

Réflexions finales

Les partisans de la médiation en matière de divorce ne manqueront sans doute pas de faire valoir que le fait que les résultats ne soient pas très différents de ceux obtenus sans médiation ne nuit en rien à leur point de vue. L'argument avancé est de ceux que nous avons mentionnés plusieurs fois dans ce rapport, à savoir que si les clients qui ont eu recours à la médiation n'avaient pas utilisé cette méthode, les résultats auraient été pires, et que ceux qui ont le plus besoin de la

médiation sont ceux qui ont le plus de conflits. Les avocats, dit-on, parviennent plus fréquemment à éviter les actions contestées parce qu'ils prennent des causes "faciles". Autrement dit, la négociation vaut pour les cas où il n'y a pas de différends fondamentaux et pour ceux où les parties en cause acceptent l'idée de la rupture.

Nous partageons cette idée et, au cours de l'analyse et de l'interprétation des données, nous avons essayé de trouver le moyen de montrer comment les choses se seraient déroulées si les couples appartenant au groupe ayant eu recours à la médiation n'avaient pas utilisé cette méthode. En général, nous n'y sommes pas parvenus. Il est certain que nombre de clients nous ont dit que l'intervention d'un médiateur leur avait permis d'éviter la querelle amère qu'ils appréhendaient d'avoir avec leur conjoint. Mais ce sont là des opinions énoncées après coup qui se fondent peut-être sur une idée préconçue de ce que sont les avocats. Nous n'avons aucun moyen de savoir si des avocats auraient pu, avec autant de succès, parvenir à une entente et, du même coup, éviter toute effusion de sang. Il se pourrait qu'une analyse plus poussée et plus qualitative de nos données révèle des points essentiels qui différencient les couples ayant recours à la médiation de ceux qui n'y ont pas recours, mais nous ne sommes pas sûrs que ces différences seraient évidentes sans qu'il faille recourir à un type de recherche très différent.

Il ressort que nos données soutiennent légèrement l'opinion contraire : les personnes qui acceptent de recourir à la médiation pour parvenir à une entente figurent parmi les plus raisonnables de la population des couples en instance de séparation ou de divorce. Comme nous l'avons vu, ceux qui ont choisi cette méthode ont semblé le faire pour des raisons assez sérieuses et rationnelles; certains cherchaient un moyen plus "civilisé" de mettre fin à leur union que le recours au seul processus judiciaire, tandis que d'autres cherchaient visiblement

à atténuer les répercussions du divorce sur leurs enfants. Compte tenu que les personnes appartenant au groupe de celles ayant eu recours à la médiation sont quelque peu plus aisées et ont un niveau d'études plus élevé que celles qui n'y ont pas eu recours, nos données nous permettent de penser que tout joue en faveur de la médiation. Mais la première de ces observations est fondée sur des données tirées de nos analyses des causes qui ne sont pas confirmées par nos données quantitatives plus systématiques. En outre, le fait que les personnes ayant eu recours à la médiation aient un statut socio-économique un peu plus élevé ne signifie pas que la rupture de leur mariage a moins fait l'objet de litiges que celle de personnes appartenant à des groupes socio-économiques inférieurs.

Dans ce contexte, il est intéressant de noter que tant les avocats que les médiateurs considèrent que la plupart des actions en séparation et en divorce sont, au départ, contestées d'une façon ou d'une autre. Selon eux, il est rare qu'un couple mette un terme à son mariage sans qu'il y ait de litige, même s'ils croient au départ qu'il en sera ainsi. Autrement dit, il semble qu'avocats et médiateurs sont chargés d'une variété de causes allant de celles pratiquement sans litige, à celles où les parties sont irréconciliables. Nos données n'indiquent pas de cas précis où certains couples n'ayant eu recours qu'au processus judiciaire auraient pu tirer des avantages de la médiation, ni de cas semblant voués irrémédiablement aux litiges et qui ne pouvaient être tranchés que devant les tribunaux ou par une enquête en matière de garde.

Nous avons commencé par dire au début de cette partie que la recherche actuelle n'a pas révélé de différences flagrantes entre la médiation en matière de divorce et les autres méthodes visant à résoudre les problèmes liés à une rupture de mariage. Nos données nous permettent de penser que, à bien des égards, les résultats de la médiation sont aussi bons, sinon meilleurs que

ceux que donne un processus purement judiciaire. Ces mêmes données ébranlent les craintes de ceux qui critiquaient cette méthode. Nous attribuons l'absence de différences marquantes entre la médiation et l'absence de médiation au fait que nous ne comparons plus cette nouvelle méthode au système contradictoire traditionnel. Comme nous l'avons fait valoir, on a pu constater au cours des dernières années que les juges et les avocats spécialisés en droit de la famille avaient tendance à s'écarter des méthodes contradictoires. Il se peut aussi que les personnes en instance de séparation ou de divorce commencent à avoir plus conscience des conséquences désastreuses que d'âpres querelles peuvent avoir sur leurs enfants. La médiation est un moyen rationnel pour résoudre les problèmes qu'entraînent la séparation et le divorce, mais ses buts et ses principes sous-jacents ne sont plus radicalement différents de ceux qui sont inhérents au processus judiciaire.

NOTES ET RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

1. Au cours de ce rapport, nous parlerons de médiation en matière de divorce au lieu de "counseling en conciliation" utilisé autrefois. Il en est ainsi parce que l'ancien terme a disparu des ouvrages et de la langue courante. Comme il en est fait état dans la quatrième partie, on s'interroge cependant à savoir si, en théorie et en pratique, les deux termes sont synonymes ou s'ils recouvrent des buts et des méthodes analytiquement distincts.

2. Richardson, C. James, A Proposal for Evaluation of Reconciliation and Conciliation Counselling in Canada, Ottawa : ministère de la Justice, Canada, 1984.

3. Elkin, Meyer, "Conciliation Courts : The Reintegration of Disintegrating Families", The Family Coordinator 22 (1), janvier 1973, p. 64.

4. Pour l'année qui a précédé la Loi de 1968 sur le divorce, le taux de divorceétait de 54,8 par 100 000 habitants. Dans l'année qui a suivi l'adoption de la même loi, ce taux a monté à 124,2 divorces par 100 000 habitants et a continué à monter à 124,2 divorces par 100 000 habitants et a continué à monter pour atteindre en 1982 le sommet de 285,9 divorces par 100 000 habitants. En 1985, ce taux est descendu à 244,4 divorces par 100 000 habitants. Depuis 1986, année à lalquelle la nouvelle loi sur le divorce est entrée en vigueur, une augmentation marquée du taux de divorce. On suppose que cette tendance à la hausse sera éphénère compte tenu du fait que, en vertu de la nouvelle loi, le délai d'attente est beaucoup moins long qu'auparavant. Voir Mariages et divorces, Statistiques de l'état civil, vol. II, 1985, Statistique Canada.

5. Consulter, par exemple, Ahrons, C.R., "The Bi-Nuclear Family : Two Households, One Family", Alternative Life Styles, 2 (4), 1979. Cet ouvrage est résumé en grande partie dans Kinship Structures in Remarriage Families, thèse de doctorat non publiée de Penny Gross, Université de Toronto, 1985. Voir également "Remarriage as an Incomplete Institution", de Andrew Cherlin, American Journal of Sociology, 84 (3), 1978, pp. 634-650 et, du même auteur, Marriage, Divorce, Remarriage, Cambridge (Massachussetts), Harvard University Press, 1981.

6. Eichler, Margrit, Families in Canada Today, Toronto, Gage, 1983.

7. Commission de réforme du droit du Canada, Le divorce, Ottawa, Information Canada, 1975, p. 32

8. Voir, par exemple, le document récent de Julien Payne, "The Evolution of Family Law in Response to Changing Family Structures with Special Regard for Spousal Support", Canadian Law and Society Meetings, Hamilton, 1987. Pour une étude plus générale et un ensemble plus conservateur de conclusions, voir Peter et Brigitte Berger, The War over the Family, New York : Basic Books, 1984.

9. Dans A Conceptual Model of Unified Family Courts, de Julien Payne, Ottawa : Commission de réforme du droit, 1973, p. 62.

10. Commission de réforme du droit du Canada, Report on Family Law, Ottawa, Information Canada, 1976, p. 16.

11. Kubler-Ross, Elizabeth, On Death and Dying, New York : Viking Press, 1969.

12. Ambert, Anne-Marie, Divorce in Canada, Toronto : Longman Canada, 1980, p. 10.

13. Cherlin, Andrew, Marriage, Divorce, Remarriage, Cambridge (Massachussets), Harvard University Press, 1981.

14. Spanier, G.B. et Casto, R.F., "Attachment to Separation and Divorce : A Qualitative Analysis", in G. Levinger et O. Moles, Divorce and separation : Contexts, Causes, and Consequences", New York: Basic Books, 1979.

15. Weiss, Robert T., Marital Separation, New York : Basic Books, 1975.

16. Kressel, Kenneth, The Process of Divorce, New York : Basic Books, 1985, p. 15.

17. Kressel, pp. 23-24.

18. Statistique Canada, Divorce : la loi et la famille au Canada, p. 96 et p. 145. Margrit Eichler, Families in Canada Today, indique qu'environ 55 p. 100 des couples en instance de divorce ont des enfants à charge.

19. McVey, Wayne W. et Robinson, Barrie W., "Separation in Canada : new insights concerning marital dissolution". The Canadian Journal of Sociology, vol. 6 (3), 1981, pp. 353-366.

20. Furstenburg, Frank et al., "The Life Course of Children of Divorce", American Sociological Review 48 (5), 1983, pp. 656-668.

21. Glick, Paul C., "Children of divorced parents in Demographic

Perspective". Journal of Social Issues, 1979 (35), pp. 170-182.

22. En simplifiant un peu, on pourrait dire que cette recherche entre dans plusieurs catégories ou secteurs d'intérêt connexes. En premier lieu, des études assez exhaustives ont tenté de prouver, sans aucun succès, que le divorce est la cause directe de problèmes affectifs, cognitifs, et de troubles du comportement chez les enfants. Ces problèmes prennent la forme de retard dans le développement émotif, de notes médiocres à l'école, de délinquance et d'indiscipline. En deuxième lieu, un autre corps d'étude très proche a porté sur les publications traitant du "père absent". Étant donné que la majorité des familles divorcées ou séparées ont une femme à leur tête, on a déployé des efforts considérables pour déterminer les conséquences qu'ont, pour les enfants, le fait de grandir sans avoir un père ou un homme au foyer. Un autre corps d'étude a porté sur la description des expériences vécues par les enfants, sur ce qu'ils pensent du divorce et sur l'évaluation des divers facteurs liés à leur adaptation à leur nouvelle vie. Finalement, les chercheurs se sont intéressés aux conséquences économiques plus évidentes et plus facilement mesurables qu'entraîne une rupture de mariage, et aux répercussions qu'elles ont sur les chances subséquentes qu'ont les enfants dans la vie.

23. Wallerstein, Judith et Kelly, Joan, Surviving the Breakup, New York : Basic Books, 1980.

24. Goetting, Ann, "Divorce Outcome Research : Issues and Perspectives", Journal of Family Issues, vol. 2 n° 3 (septembre 1981). Réimpression dans Family in Transition, Arlene S. Skolnick et Jerome H. Skolnick (éd.), Toronto : Little Brown and Company, 1983.

25. Document présenté par Joan Kelly lors de la première conférence sur la médiation familiale au Canada, à Toronto, en novembre 1986.

26. Furstenburg, Frank et al., "The Life Course of Children of Divorce", ASR 48 (5), 1983, pp. 656-667.

27. Lasch, Christopher, Culture of Narcissim, New York, Harper and Row, 1982; Joseph Pleck, Men's New Roles in the Family : Housework and Child Care, Ann Arbor: Institute for Social Research, 1976.

28. Luepnitz, Deborah, Anna, Child Custody : A study of Families After Divorce, Toronto: D.C. Heath and Co., 1982.

29. Document personnel adressé à l'auteure.

30. Mitchell, Ann, Children in the Middle, London : Tavistock Publications, 1985, p. 177.

31. Wallerstein, J. et Kelly, J., "The Effects of Parental Divorce : Experiences of the Child in Later Latency", in A. Skolnick et J. Skolnick (éd.), Family in Transition, New York : Little Brown, 1985, p. 443.

32. Walczac, S. et Burns, S., Divorce : the Child's Point of View, Londres: Harper and Row, 1984.

33. Hetherington, E. Mavis, Cox, Martha et Cox, Roger, "Effects of Divorce on Parents and Children" in Michael Lamb (éd.), Non-traditional Families : Parenting and Child Development. Hillsdale (N.-J.): Lawrence Erlbaum, 1982.

34. Weitzman, p. 274.

35. Condition féminine Canada, Rapport du groupe d'étude sur la garde des enfants, Ottawa, Approvisionnement et Services, 1986, pp. 12-14.

36. Canadian Institute of Law Research and Law Reform, Matrimonial Support Failures : Reasons, Profiles and Perceptions of Individuals Involved, Edmonton: The Institute of Law Research and Reform 1981.

37. Voir, par exemple, Andy Wachtel, What Works : An Exploratory Examination of Court Enforcement Efforts and Payment Level of Maintenance Orders Monitored by the Vancouver Family Court, C.-B., Planning and Research Department, 1983, et Andy Wachtel et Brian E. Burtch, Excuses : An Analysis of Court Interacting in Show Cause Enforcement of Maintenance Orders, Vancouver : Social Planning and Research, 1981.

38. Pour une description utile, voir Nicholas Bala et Kenneth Clarke, The Child and the Law, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1981, chap. 3.

39. Goldstein, J., Freud, A. et Solnit, A., Beyond the Best Interests of the Child, New York : Free Press, 1973.

40. Bala et Clarke, p. 53.

41. Communication personnelle avec M. David Day. Voir également sa critique de la terminologie de la Loi sur le divorce de 1985 dans Alastair Bissett-Johnson et David Day, The New Divorce Law : A Commentary on the Divorce Act, 1985, Toronto: Carswell, 1986, p. 39.

42. Luepnitz, Deborah Ann, Child Custody, Toronto : D. C. Heath, 1982.

43. Analyse, par Statistique Canada, des données du Registre central des divorces qui révèle que lorsque les femmes se constituent partie requérante, la garde des enfants leur est presque toujours attribuée (95,7 p. 100). Lorsque les hommes sont partie requérante, la garde leur est attribuée dans 42,6 p. 100 des cas. Étant donné que la plupart des requérants sont des femmes, celles-ci se voient attribuer la garde des enfants dans 85,6 p. 100 des cas. Voir Le divorce : le droit et la famille au Canada, p. 207 et p. 211. Les données sur les États-Unis sont tirées de Lenore Weitzman, The Divorce Revolution : The Unexpected Social and Economic Consequences for Women and Children in America, New York : The Free Press, 1985, chap. 4.

44. On peut trouver une bonne critique de cet ouvrage dans H. Jay Folberg et Marva Graham, "Joint Custody of Children Following Divorce", in Howard Irving (éd.) Family Law : An Interdisciplinary Perspective, Toronto: Carswell, 1981. Certaines données récentes au Canada sont mentionnées in Howard Irving et al. "Shared Parenting : An Empirical Analysis Utilizing a Large Data Base", Family Process (23), 1984. On peut trouver un excellent résumé de la critique féministe de la garde partagée dans Lenore Weitzman, chap.

45. Pearson, Jessica et Thoennes, Nancy, "Child Custody, Child Support Arrangements and Child Support Payment Patterns", document présenté lors du "Child Support Enforcement Research Workshop", août 1984, Washington (D. C.). Voir également divers articles du même auteur dans The Denver Custody Mediation Project : Final Report, non daté.
46 Weitzman, L., pp. 231-235. Voir également Nancy Polikoff, Why Mothers are Loosing A Brief Analysis of Criteria Used in Custody Determinations, cité in Martha L. Fineman et Anne Opie, "The Uses of Social Science Data in Legal Policy making : Custody Determinations at Divorce", article inédit.

47. Statistique Canada, Le divorce : Le droit et la famille au Canada, p. 147.

48. Boyd, Susan B., "Child Custody and Working Mothers", in Sheila L. Martin and Kathleen E. Mohoney (eds), Equality and Judicial Neutrality, Toronto: Carswell, 1987, pp. 168-183.

49. Cité dans The New York Times, du dimanche 6 avril 1985.

50. Eichler, Margrit, Families in Canada Today, Toronto : Gage, 1988, pp. 412-419.

51. Les meilleures opinions néo-conservatrices sur la famille

sont dans The War over the Family, par Peter et Brigitte Berger, New York: Basic Books, 1984.

52. Dans les projets du tribunal de la famille à juridiction regroupée tout comme dans les services offerts par les divers tribunaux provinciaux, les personnes qui sont les plus susceptibles d'avoir accès aux services de counseling et de médiation sont celles qui cherchent à obtenir des ordonnances d'allocation d'entretien et de garde en vertu de la législation provinciale. Les actions en divorce ne sont bien sûr pas intentées auprès des tribunaux de la province; ainsi, dans les tribunaux de la famille à juridiction regroupée il semble que ce soit habituellement la branche sociale du tribunal qui s'en charge. Voir, par exemple, C. J. Richardson et C. Rogers, An Evaluation of the Fredericton Unified Family Court, ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick, 1983, et A. S. Ross et M. J. Grant, An Evaluation of the St. John's Unified Family Court, Ministère de la Justice de Terre-Neuve, 1982.

53. Pour un résumé très sérieux des contraintes de la recherche sur la médiation en matière de divorce, consulter Kenneth Kressel, The Process of Divorce, chap. 9.

54. Pearson, J. et Thoennes, N., "Mediating and Litigating Custody Disputes: A Longitudinal Evaluation", Family Law Quarterly, 1982, 17, pp. 497-524.

55. Par exemple, on a porté à notre attention le fait qu'en Ontario, les règlements de la lprocédure civile présentent des désavantages financiers pour ceux ou celles qui visitent pour porter la différences devant les tribunaux. En effet, si l'offre du règlement est proche de la somme ou de la mesure ordonnée par le tribunal, la partie qui a rejeté l'offre de règlement est pénalisée au niveau des coûts. (Communication personnelle de W. Bryans, ministère de la Justice du Canada.

56. De juillet 1986 jusqu'à ce jour, il a demeuré à Toronto, qui n'est pas non plus un territoire d'enquête.

57. A St. John's, les avocats ont été interrogés par le chef de projet.

58. La raison en est relativement simple : les femmes qui ne peuvent pas se permettre financièrement de divorcer ou qui n'ont pas de motifs suffisants peuvent demander aux tribunaux de rendre une ordonnance d'allocation d'entretien (et parfois de garde). Ces femmes passent habituellement par le processus d'accueil du tribunal. Les instances de divorce, d'autre part, sont presque toujours prises en charge par des avocats qui présentent simplement les

documents requis et font inscrire la cause sur le rôle. Il a été impossible de faire participer les avocats au processus d'accueil pour diverses raisons qui différaient d'un tribunal à un autre. A Montréal, il y a simplement trop d'avocats pour recourir à cette méthode. Dans les autres territoires d'enquête, le fait que les avocats détiennent des renseignements confidentiels ou qu'ils ne possèdent souvent pas les renseignements voulus, a créé des difficultés.

59. Tel qu'indiqué plus en détail, ci-après, la définition de ce qu'est une action en divorce contestée et de ce qui n'en est pas une, varie beaucoup et celles qui avaient été jugées comme étant contestées à l'origine ont été réglées avant l'audience. Nos chercheurs ont utilisé les critères particuliers à chaque tribunal pour déterminer les actions qui étaient contestées. En général, on convient de dire qu'une action est contestée lorsqu'il y a une demande reconventionnelle ou contre-requête au dossier.

60. Bien qu'il n'y ait pas de différences marquées entre les hommes et les femmes quant à leurs déclarations relatives à la durée de leur mariage, à leurs différends, au montant de l'allocation d'entretien, etc., les récits des ruptures de mariage que nous avons recueillis nous ont souvent portés à penser qu'il ne s'agissait pas du même couple.

61. Kressel, Kenneth, The Process of Divorce, New York : Basic Books, 1985.

62. En pratique, il s'agit actuellement du secteur privé, étant donné que les services du secteur public sont très limités. Par conséquent, ceux qui n'ont pas les moyens de recourir aux services privés de counseling recourent plus tard à la médiation pour mettre un terme à leur union.

63. Saposnek, D.T., Mediating Child Custody Disputes. San Francisco : Jossey-Bass, 1983.

64. Tiré de la préface du "Code of Ethics, Ontario Association for Family Mediation, Code of Professional Conduct".

65. The mail survey was sent to those included in the Inventory of Reconciliation and Conciliation Services in Canada.

66. Il est intéressant de noter que bien que plusieurs noms aient été cités lorsqu'il était question de cours ou d'ateliers spécifiques, le nom le plus fréquemment cité a été celui de Howard Irving.

67. Kressel, p. 181.

68. Pearson, J., Ring, M. et Milne, A., "A Portrait of Divorce Mediation Services in the Public and Private Sector", Conciliation Courts Review, 21, 1983, pp. 1-24.

69. Il y a des différences selon le pourcentage de la charge de travail en droit de la famille. Les avocats dont la pratique comprend plus de 50 p. 100 des cas liés au droit de la famille ont incité environ 16 p. 100 de leurs clients à recourir à la médiation, tandis que ceux qui ont moins de 50 p. 100 de litiges familiaux ne l'ont fait que dans 7 p. 100 des cas.

70. Voir, par exemple, Pat et Hugh Armstrong, The Double Ghetto, Toronto : McClelland and Stewart, 1983.

71. Cité dans Weitzman, p. 266.

72. Chambers, David, Making Fathers Pay, Chicago : University of Chicago Press, 1979.

73. Cela dit, il faut noter que les probabilités que les hommes divorcés vivent dans une maison qui leur appartient, et non pas dans un logement loué, sont plus fortes que dans le cas des femmes divorcées, puisqu'elles sont de 47 p. 100 contre 35 p. 100. Tel est encore le cas lorsqu'il s'agit d'ex-conjoints.

74. Ce sujet est étudié en détail dans l'ouvrage de Bisset-Johnson et Day (1986 : pp. 49-53).

75. On prévoit qu'une analyse plus détaillée des dispositions de garde conjointe de notre échantillonnage fasse l'objet d'un ouvrage à venir.

75. Mills, C. Wright, The Sociological Imagination, New York : Oxford University Press, 1959.

76. Bisset-Johnson et Day, 1986, p. 55.

77. La somme des chiffres n'égale pas 100 p. 100 parce que certaines personnes ont fourni plusieurs raisons aux limitations à l'accès. Le cas inverse, celui où la mère n'est pas le parent gardien et n'a pas de droit d'accès est trop rare (6 en tout) pour qu'il soit possible de formuler nombre de commentaires sur ce manque de contact.